

ان الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار المجلد الرابع من الهداية الذي نزري بزبرجها على الانوار الربعية الكتاب
مستطابات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية الجامع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

نتائج الأفكار

تكملة

فتح القدير

مع الهداية

حلاه العلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين احمد المعروف بقاضي زاده رحمه الله رحمة دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد عظيم حسين الخير آبادي

في المطبع المشتهر منشي نولكشور الواقع في لكهنؤ

فهرس المجلد الرابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

تمت

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی برخواطر دریامقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جدا گانه پیوسته اشتهار می یابد دیگر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه و اصول و تفسیر و کلام و حدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علما و فضلا و شائقین و ماهرین علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رفیعه باشد نقل نموده میشود و آن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه [illegible]
هدیة المختار شرح رساله عقدیه
احیاء العلوم عربی چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح و توضیح
وتلویح و چلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی و اردو

ترجمه اردو درمختار سه چهار جلد
حقیقة الصوم
تبیین الجنازات
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حج الحج مسمی بهدایة الشعور
فتاوی المیراث
رساله فی النفس
مسلک المتقین
عمدة النصیحت فی مسائل الرضاعت
تذکرة التبعه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرع محمدی
رساله کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشهور والایام
حیات الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر و مثل آن

تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی مع شرح لباب
تفسیر اتقان
تفسیر خطیب [illegible] سراج المنیر
کمالین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینت القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الاخرت

تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القدس فی تحریر الانور
میزان الفرقان

کتب احادیث و اوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرویا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرویا مسمی بتادیل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت



إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار المجلد الرابع من الهداية الذي يزري بزهوها على الانوار الربيعية الكاشف لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المسمى

نتائج الافكار

تكملة

فتح القدير

مع الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا شمس الملة والدين احمد الافندي المعروف بقاضي زاده اسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد اعظم حسين الخيرآبادي غفر ذنوبه الابادي

في المطبع الذي ... المنسوب الى المنشي نولكشور الواقع في لكهنو مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلنا ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فانما تتاتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعي كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن ايضا عنده على ما صرحوا به وسياتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا اي لالزمنه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشريعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في غاية البيان والشروح والمتون الا انه وقع في بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة

[illegible]

هي التملك المذكور في عامة الكتب بناء على ان لا يتعين ما تقرر عندهم ويجيء في الكتاب من ان الشفعة تجب ان يثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد ويملك بالاخذ
اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين
عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضي ولا القضاء … فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف
يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد … ثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما
صح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك … اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول
الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال لحق طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل و
حكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثاني
فلان ثبوت الملك هو نوع التملك في المعنى وحكم الشيء مما يغايره ويترتب عليه فلم يصح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة
نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع
ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذافيره ولعل مراد
عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشائخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب
لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة
يجب بالبيع ثم يجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا
بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان الشركة
شرط والبيع علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع
لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء … بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة
وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء
او الرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب
بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب
بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل
الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشائخ حملوا كلام ذلك العالم الذي له يد طولى في الفقه الذي
هو بين البطلان ولم يحمله احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول
للقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار
الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب

ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

وشل بنحو قوله عليه السلام الائمة من قريش وسيما وقد ادخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى وكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المذكور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلا حق للشريك الآخر لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى اعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا اقول يفهم الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس من محل في تفسير معنى الحديث المذكور حتى يتجه عليه ان يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام تفسد ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه

غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا **قوله** ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قوله ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه انتهى قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق بالاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بالشفعة فبهذا يبطل ذلك السؤال انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامل انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشيته ذلك القائل ايضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى هذا النسخ لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك انه كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مسئلته وكان المعنى ينتظر له الى ان يجيء ليفرغ من شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم **قوله** وقال الشافعي لا شفعة للجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى ههنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لانه لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر **قوله** وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا ههنا وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا اشتباه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما ذاق شناعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف آخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعة ما لم يقسم اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية وبعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية ايضا فجعل قوله اتصال تأبيد للاحتراز عن مثل ذلك **قوله** فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة ههنا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر ان كان له ملك في الدار المستاجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فيتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا ان كل منهما قد خرجا بقوله

لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

اتصال تابيد فيما قيل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث
الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا
اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها
لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها **قوله** لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع
لا يلزم ان يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء او الهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر في حقه بازعاجه من خطته الاصلية
المتقررة اقوى فيعم ما كان ملكا له بالشراء او الهبة الا انه عبر عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان اصالتها وتقررها وبناء على
ما هو الاكثر وقوعا في العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه **قوله** وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة
لتحقيق ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع يعني ان التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر
مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله
بالحديث لانه في حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه
لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في احد الجانبين ولم يتيسر التخلص الجامع بينهما عند الطلب
كما عرف في علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان
الرجحان فيما رويناه او ببيان التخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن
فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه
او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم
يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح
فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب
عنه بان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله على ان اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم
يقسم كما في قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرح به في اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب ان افادة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى
في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو ان الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان
كذلك يكون المراد بيانا في ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما في الثاني فلان
حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المذكور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة
الا ان له شروطا عنده منها ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه
ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن
سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملتزمين بذلك في هذه المسئلة فالقائل

واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به وجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

لا ينافي كون الشافعي ايضا مذيابه وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وكلمة انما للاثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية انما تقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد تجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العلم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال او بنفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى وقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء واقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما مواخذة المصنف بتفسيره المذكور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت [illegible] في نفس المبيع على الشركة في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه في [illegible] ثم لما كانت [illegible] في نفس المبيع من الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس [illegible] قوله وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا ارى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد اذ قد علم ان الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد الترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المقدم فيه بلا ريب اقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما تبين من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي ان يستحق المتاخر عند وجود المتقدم تسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما ياتي من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره

قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية آخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت في بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه **قوله** والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فيما نحن فيه هو منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تفهم من تفسير الشارح المذبور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انما يطلق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى **قوله** قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معناه بعده محل كلام من حيث اللغة فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباقي قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا يقتضي المعدول عنه **قوله** لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح اوفي قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشائخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار ليتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان يجب الشفعة قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق بمداخلة اتصال البائع بملك الشفيع فهذا الاينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتامل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للشروط قبله وردبانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين الموجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك لشرط الوجوب

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في
حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر
بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد
والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق
الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواب او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق
شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين
المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب
الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب الزكوة
وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب ادائها لا شرط نفس وجوبها فاللازم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل
ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو
تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما يجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن
ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي
فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المصنف بقوله معناه بعده لا انه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى
كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان
المصنف علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى
آخره متصل باول الكلام وهو قوله الشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا
ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد تقرر فيما
ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في
حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع
في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عينه قد عرفت
وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك تردد البقاء الخيار بخلاف الخيار فانه يخبر عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك
لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مداره
على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن
مع انه لا ينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع
النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع
فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب فينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله**
ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه
واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم

قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتری او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتری قد تم فلا ينتقل الی الشفيع الا بالتراضی او قضاء القاضی كما فی الرجوع فی الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه فی الصورة الاولی وتبطل شفعته فی الثانية ولا يستحقها فی الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال علی ما نبينه ان شاء الله تعالی والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد فی مجلسه ذلك علی المطالبة اعلم ان الطلب علی ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتی لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة فی اوله او فی وسطه فقرء الكتاب الی آخره بطلت شفعته وعلی هذا عامة المشائخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان فی النوادر وبالثانية اخذ الكرخی لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التامل كما فی المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد علی الخلاص من جواره والثانی تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه علی الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض

بطل اشهاده بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد متقدم علی وقت الخصومة ففی وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد فی ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الی التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام فی ان التعليل الثانی هل يصلح ان يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج اليه الخ **قوله** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتری او حكم بها حاكم عطف علی سلمها المشتری وقد وقع المعطوف عليه فی حيز الاخذ وكان الاخذ معتبرا فی التسليم فلزم ان يكون معتبرا فی حكم الحاكم ايضا علی مقتضی العطف اذ قد تقرر فی علم الادب ان المعطوف فی حكم المعطوف عليه فی كل امر تجب للمعطوف عليه بالنظر الی ما قبله مع ان الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدال علی ما نصوا عليه حيث قال فی الكافی بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وقال فی شرح الكنز للزيلعی ای تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتری برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة فی شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالاخذ بالتراضی او بقضاء القاضی قوله بقضاء القاضی عطف علی الاخذ لا علی التراضی لان القاضی اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهی وكان صاحب العناية غافل عن ذلك وهو ای التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتری او بقضاء القاضی فانه صريح فی اعتبار الاخذ فی قضاء القاضی ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس توصيفه المشتری واثما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بتحقق ثبوت البيع فی حق البائع حتی ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتری يكذبه ففی هذه الصورة انما سلمها البائع دون المشتری فكان الاحق بالمقام ان يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتری ليشمل تسليم المشتری وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم تبصر

باب الشفعة والخصومة فيها لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع فی بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا فی عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطری عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثانی منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة فی الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة علی سائر الخصومات كما ستظهر شرع فی بيانها ايضا اصالة **قوله** اعلم ان الطلب علی ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتی لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الی قوله قبيل لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل علی لزوم طلب المواثبة يدل ايضا علی لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياتی التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفی التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذی فی طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد علی الطلب فی قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد علی طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد علی طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد علی مقتضی ما سياتی فی الكتاب فلا تنافی بين كلامی المصنف **قوله** ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها اقول فی وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره علی نفی الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بالمخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره علی ان لام الجنس فی الشفعة ولام الاختصاص فی لمن واثبها يدلان علی اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا فی الحمد لله ان لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح وتصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي

والاختصاص ودلالتها على اختصاص الحمد لله تعالى غير وعلينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل **قوله** والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذاك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلاما لانه ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان اقر به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى **قوله** وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر بعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم بعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فليتفكر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا اي ينافي قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى وسياتي نظير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت

وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده
لأن المطالبة لا تصح إلا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد إن شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف
وقال محمد إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت وهو قول زفر معناه إذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا
دل ذلك على إعراضه وتسليمه وجه قول محمد أنه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان
ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري
بين الحضر والسفر ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة
سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار
وحدودها لأنه ادعى حقا فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم
قال فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك يسأله القاضي يعني المدعى عليه فيقول هل ابتاع أم لا فإن أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة لأن الشفعة
لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والأول على السبب واستيفاؤه
الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر
الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف
القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط إحضاره وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء
عند محمد أيضا لأنه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي

شفعته على عامة الشراح الإشهاد المذكور ههنا على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الإشهاد في
طلب المواثبة ليس بلازم وإنما هو لنفي التجاحد **قوله** وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا
على ذلك أقول في هذا التصوير نوع تقصير لأنه إنما يتمشى فيما إذا كان الإشهاد عند الدار فإن الإشارة أعني الإشهاد على البائع أو على المشتري وعند العقار اللهم إلا
أن يكون المراد مجرد التمثيل دون إحاطة الأقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالأولى الجامع للأقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب أن
يحضر الشفيع عند الدار ويقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا أطلبها الآن أيضا فاشهدوا أو لذلك أو
يحضر المشتري ويقول هذا ابتاع من فلان دارا التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار إلى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا إلى آخر ما ذكرنا
انتهى **قوله** وإذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم تتم بعد بل لا بد
أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أو لا لأنه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء
ليعلم أن المدة طالت أو لا فإن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم
المصنف لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الانتهاء كيف كان إذا قال طلبت حين
علمت أو أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فإن قال طلبته من غير تأخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان أقرب إليه من غيره
فإن قال نعم فقد صح دعواه انتهى أقول القائل صاحب النهاية أخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارة
في النقل وأفسد فإن عباراتهم كانت هكذا ثم إذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب
الإشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فإن قال نعم تبين أن الإشهاد قد صح ثم إذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه إلى هنا عباراتهم
وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لأنه عبر عن طلب المواثبة بطلب الإشهاد حيث قال وقيل ثم
بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن إطلاق طلب الإشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما حلت
به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية فيما قبل فعلى
تقدير أن يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الإشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة
لأن سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما إذا قيل ثم إذا سأله
عن طلب المواثبة سأله عن طلب الإشهاد كما وقع في عباراتهم فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح
الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فإن الكلام إذ ذاك في صورة الشرعية فمقتضاها هو قولهم إذا سأله عن طلب المواثبة
إشارة إلى ما ذكروا فيما قبل من السؤال فكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه بحكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم **قوله** ومن اشترى دارا لغيره
فهو الخصم للشفيع لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما إذا سلمها إلى الموكل مع أنه ليس
بخصم هناك فكان ينبغي أن يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والأخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف

قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان ادعى عليه فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء بخلاف البائع مع المشتري لانه لا توالي بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع

انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق

قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجب الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف ههنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه بعدما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكر المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنا ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى اقول ليس هذا الشرح بصحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار هناك ايضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس وكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفا في باب التحالف في كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص ان لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض فالصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى اقول الخلل في كلامه اشد واظهر فانه قال اولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص ايضا فيما الانكار والدعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال اخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بدلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة ان يقال فلا يلحق به لا بطريق القياس والدلالة **قوله** وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا اقول لقائل ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر انفا فلزم ان لا يصح بينة المشتري اصلا فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قاله ابو يوسف ثم اقول يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا اقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع واقام عليه بينة على ما عرف في محله واما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع

وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فلما ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قلنا ان تمنع بعد التسليم نقول الاخذ من البيع الثاني هنالك لا يفسخ الاول اما هنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان كما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان كما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن ...

لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتها ما ذكرنا مويدا ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا المحكي عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع خلوه جدا وانما حكي عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لا تنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكي اوليهما محمد واخذ بها وحكي ثانيهما ابو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتامل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول البيع الثاني هنالك لا يفسخ الاول اما هنا فبخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يفسخ هنا ايضا الا البيع الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول بل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفي ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يفسخ البيع الثاني هنالك لا يفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع ههنا لا الفسخ في حق المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما ههنا فبخلافه اي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول اما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بالاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا واحفظ التقام بهذا الوجه فانهم قد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بالعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضا به في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يثبت حق

لما ذكرنا ولكن اذا اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات يجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للمقول بانه لا بد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن التحول انما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منشأه مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى به المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا **قوله** وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا ابنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض ببيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم انه ليس متمكنا من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا مما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى الغاية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرتب فائدة لا الاعراض عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يختر الشفيع اخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بان يذكر في فصل على حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعى الذي قلنا وهو ان لا نكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا نكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا نكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعى ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية المسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارد ها وقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك مغاير للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاثلثا الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهته اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها اخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد للبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد بنافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من مذهبه في الشراء الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله الاخر مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى اخره وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك كله ابو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الاخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفته **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فأثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا الا ان هذا الايضاح من مخترعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بيناه عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسألة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او انه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا اول فكيف يتمشى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فكان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذه منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لانه بغير عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رحمه الله في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تامل تقف بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فللقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو واضح فيما بين الشفيع الآخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة اقول تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم تسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب العقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضيعة والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى

قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن وعليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتامل **قوله** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة

وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلات المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه **قال** او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فيزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه **قال** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

وهي انما يكون اذا كان العوض مالا فلما اثبت الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء السبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذ بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك انتهى اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان ياخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضى الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وامثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها **قوله** وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل واجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق انتهى اقول في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة الا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتامل انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد ماخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتماد قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويمه الكلام هنا على ان التحقيق من قبل بما فيه من بعد **قوله** وكذا الدم والعتق غير متقوم قال في العناية انما افردهما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمال بخلاف الاعواض التي تقوم انتهى اقول فيه بحث لان ما سبق يتوقف على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المصنف فيما قبل وبهذه الاعواض ليست باموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على اصلنا والحق عندي في تعليل افرادهما انهما ليسا بمتقومين اصلا اي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده قال في النهاية بهذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك ان قوله والنعيده يأبى عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شيء في كتاب بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى **قوله** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله ومن

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

ابتاع دارا شراء فاسدا التلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري وهذا مما لا سترة به قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن الانفكاك عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل وبالتردي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لايراد المذكور اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به يزول ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور و

ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق بلزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

لو ثبت لذلك الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويعقل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة واذا لم يثبت له حقها المانع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتأمل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اعني بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة باساليب كلام الثقات سيما المصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا للصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فرد الاخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرناه بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب مبنيا اي معنيا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري ليقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذبور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتيسر ان يكون احدهما ضدا للآخر

قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى آخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متامل في كلام المصنف بادنى تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني فتبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا يتنزل الا بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى برء من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ثم يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا ههنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا اسلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشتري **قال** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية

والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة الحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله والتعليق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الاخر كيف لا وقد ذكر صاحب العناية اولا كلام الشيخ ابي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعته ايضا الى اخر كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ يصلح شيء منها لان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطله الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما بل يعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا اشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وانت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى **قوله** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها

قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ماذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشتراها به او اكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ماذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وبهذا ايضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو اخبر ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى انتهى اقول ماذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسألة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الرأي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار هذا لا يكون رضى بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع او لما اشتري به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتأمل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا **قال** واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطي بها ثوبا بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه حتى ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن ...

الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تامل تقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاسقا يتاذى به فاحتيج الى تبيانه كذا في العناية وغيرها اما المكان يجب على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالمبيع فيحصل به الخلاص له من اذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعماله لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية يتاذى به في قوله لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز ان يقال وذلك اذا كان للبائع دار اخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى اقول الاظهر عندي ان يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتاذى دفع تاذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تاذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما يتحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر **قوله** والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة بانه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان الا انه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف هذا حيث قال وقوله والاوجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخره ما ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان اقول لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه ان يباع بكل الدراهم التي من الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثمة لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه نعم كلا المعنيين مشتركان في ان يعما الجوار والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار احدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى **قوله** ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال في العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان تكون للرفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم فيسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشائخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة انتهى اقول في هذا التقرير شيء وهو انه اما ان يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رح لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء وكذلك اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة له انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منهما ايضا ولا رواية عن ابي يوسف رح

كتاب القسمة

قال القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن

في نفس المسئلة ايراد بذلك الاجماع المشائخ واختلافهم في الرواية ايا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول البعض المشائخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكوة كما ذكره واما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشائخ غير يكره الى آخره فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعدما ذكر وجوه الحيل في الاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به فانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة انتهى وقال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا واما على قول ابي يوسف لا يكره وعلى قول محمد يكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ومنع الاستبراء وعلى قول ابي يوسف لا يكره وقال بعض مشائخنا يكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتاذى به فلا بأس وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا للاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة منافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على اصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيهما معنى المبادلة كان الموضع موضع ان يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في اوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء توجيه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي وجود الموضوع والى القول بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت مع المنفي ممنوع الا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحيوة

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة ابقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للابتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك **قوله** ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول ههنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرنا في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر سنيا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال اشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجهان البسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبهه بالمبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما يأخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسًا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسمًا يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرمًا بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسمًا يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بحقيقة الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما النصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة المتعلقة بجميع اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا وراجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الآبي على القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول ههنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذ احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذاك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه احد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فانى يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل نعم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سيأتي تبصر تقف قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين يعني انه لا اضافة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما اخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر المحتاج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة

معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ... ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان كان لا للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ولابي حنيفة رح ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير

هو الظاهر في غيرها وان اراد ان المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع ان التراضي ليس بشرط فيها على ان كون التراضي شرطا في التجارة بالنص يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس ايضا لان قسمة ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالاخرى والحق عندي ان معنى كلام المصنف ههنا هو انهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم لا دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف ان يبقى حق احدهم على الآخر لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد اسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح بل الشبيه بما ذكره ذلك الشارح قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول لان النفع لهم على الخصوص بناء على بحسب الظاهر قول فيما مر انفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم غرما بالغنم فتامل في التوفيق قوله ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مامونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة الا بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى من ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة اخرى اخصر مما وقع في الكتاب قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بانه لا اولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا وللاخر بكونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا اقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة تيم يجعلون احدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم الى هنا كلامه اقول لا استشكاله شيء ولا جوابه اما اولا فلان للقاضي ولاية التمكين في امثال هذا المقام تحصيلا للمقصود وهم فتحصيل الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقيم الا ويجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على ان كل واحد من الورثة الحاضرين يصلح ان يكون مدعيا في حق دعوى نفسه على الآخر ومدعا عليه في دعوى الآخر فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك اكثر من ان يحصى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلان مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم احدهم بعينه على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم ير في شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها قوله وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد

قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز **قال** وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصي يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على ما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب **قال** وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما يحتمله عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب هو الأول وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر

لفظ الجامع الصغير لأنه بينهما لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشتريا فيكون لهما لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا انتهى. أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قوله لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد ملاكها ليس شديد مناسب لمحل المقام لأن ذلك الأصل يقتضي كون الأملاك في يد ملاكها ويرجح كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالحق أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل. واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا إرثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى. أقول يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا لغيرهما فهو ممنوع. قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له قلنا غير تام فإن عدم التعرض للشيء لا ينافي تحققه في الواقع وإنما ينافي التصريح بتعيينه كيف ولو لم يكن الملك لهما احتمالا أصلا لما جاز سماع البينة له وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتريا يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا. ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد ملاكها لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيهما ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر. **قوله** وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز يعني أن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية. أقول لقائل أن يقول إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما إذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما ادعوا الإرث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم. ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الإرث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك له في دعواهما أي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا في رواية الجامع الصغير بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقتا فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما ادعيا اليد ابتداء بيانه إنما ادعى الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله إنه ملكه ما لم ينازعه غيره إذ الأصل أن الأملاك في يد الملاك فيجب هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما إذا ادعيا اليد أعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه لأنهما طلبا القسمة [illegible] والقسمة افتقارها لا تكون إلا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فافترقا كذا ذكره الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا ما لا قامة [illegible] هذا الاحتمال [illegible] هذا معنى قوله لاحتمال أن يكون

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يمكن التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكور والاناث من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة **قال** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا **قال** واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد

لتغيير ما ابى هنا كلامه فتبصر **قوله** لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائد قدره على حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او يصير اقل منها فلا يتمشى ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر او شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان تامل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة **قوله** والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سياتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المص هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك بعد حق التامل وجدت نوعا من التدافع بين حاصل ما ذكروا في وجه اصحية المذكور في الكتاب اولا وبين ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما كما قوله اما القاضي فيعتمد الظاهر فتامل **قوله** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تعليل الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان ضابط المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر في القسمة **قوله** وان كانت دار ضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال المص جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيحصل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا ههنا لكن على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلوائي الا ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وهو اوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في إجارات الأصل إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعدله أي يعزله يعني يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم إلا بتراضيهم لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل

هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسئلتنا ومسئلة إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة إجارات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضا والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاستشكال المذكور ثم إن قوله لأنه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد إذ لم يقع التصريح في إجارات الأصل بأن قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما يعني أنهما متحدا الجنس نظرا إلى أصل السكنى فيبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد هٰهنا أما أولا فلأنه لا يدفع الإشكال المذكور إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربوا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا إلى أصل السكنى واختلافه نظرا إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المتفرقة في مصر واحد أيضا فبناء على ذلك خالف أبا حنيفة رحمه الله صاحباه هناك فقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكره لما وافق الإمامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فيتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل قال الشارح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بالانقطاع والتعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائز بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالته عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزي في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأباه لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يأباه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدبر قوله واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو الى آخره قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو مشترك بين رجلين وسفل لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمة الله عليه انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة تقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة ايضا فهي المأخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا ريب ان المحلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة لاختلاف الشكل سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت يقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كان منفصلين فيهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فيهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد هذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت سواء الرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان يقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلان ما قيد بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيا فيما بينهما على قسمة معينة يلزم منه ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة

لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيرا ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذراع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذراع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة يقسم لها عنده ايضا كما صرحوا به قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدرر فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيهما وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسألة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل ومن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشائخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في اوائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابو حنيفة واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ودر صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المحز في افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصلهما ... والفتوى اليوم على قول محمد ... وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل ... ستة وستون وثلثان ... فبلغت مائة ذراع ... وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ... واذا اختلف المتقاسمان فشهد القاسمان قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي ... لانهما شهدا على فعل انفسهما ... ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض ... والاستيفاء ... فكانت شهادة ... ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ... في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما

في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعي في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعي في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذراع قد تجعل منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تاثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وثلثون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علو مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه اصلا نعم حق البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان يقع وان لا يقع آخر ذكرهما قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وانفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى اقول ذلك مندفع فان الظاهر ان القسمة في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد وحينئذ نقول فاذا تقرر ذلك فادعى المقر انه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكر ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكر ههنا ايضا على ذلك فانه يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكاره كذبه في اقراره يقتضي

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد

على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن

ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن يبقى فيما ذكره اشئ وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزومه اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا الرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه ليس بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه تضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في البيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه احد الشريكين قابض بعينه فاخذ اليه ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المذكور ههنا الا بطريق

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد ولو اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رح وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف رح وابو حفص مع ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما

القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا طريق لالحاق ما نحن فيه به بطريق النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية والتساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتامل في الدفع قوله ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما سيجيء في الفصل الاولى من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا يفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذ نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار انتهى قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه النص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان لمجرد التاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تاسيسا مفيدا للمراد ومزيلا للابهام فاني هذا من ذاك على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشي عن دليل الا ان التفاوت بينهما انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرناه وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال

موضع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى ويأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسألة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في اوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما ساغ للقاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجيء في شرح قوله ولو ابرأه الغرماء ليس بحوالة رائجة اذ لا شك في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابي يوسف فيما نحن فيه او المراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا ينتقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال ان ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب فينقض كذلك لهذا ثم قال هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا بل اعتبارها فيها اولى ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابي حنيفة اصلا الا عن تراض هذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسألة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسألة على قول ابي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابي حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك ان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة القضاء ايضا عند غير ابي حنيفة فلا يجدي شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبار فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر اكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن والكيل والذرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فان ابا حنيفة يعتبر في تعيين القسمة بالقيمة او التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في الغبن بان يقال ان اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاوكس الغبن الى آخر المسئلة **قوله** ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلا يكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا اثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف يسمع البينة هو الاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لامرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع للسوال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فيما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي بالدين او اداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة

لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ والتفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح **قوله** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة

الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت

المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك الشريك عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اقول فيه شيء وهو ان ما ذكروا في وجه القياس جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايئا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والاخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريرهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا من بيانه لا يفي بذلك كما ترى **قوله** الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتي ذلك في الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سيتحقق نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب **قوله** والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قال في الايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة ولو بوجه وان اريد انه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المص والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد ان القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما اشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الباقي لاجل دفع الاول اذ لا خفاء ان اعتبار المحال متحققا ليس باولى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع الا ترى الى ما ذكروا فيما مر انفا من ان القياس يابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا يجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان لزوم اشتراط التاقيت فيه على تقدير

ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رح لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

بعدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز ان يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على البعض على ان التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من دلالة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد واحد بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل جبر عليها وقيل تعتبر افرازا من جميع الوجوه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا العوض من ربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قد مر في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة قال المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النساء عند وجود احد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال ائمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النساء نعم لنا فيه دليل آخر على عدم صحة ذلك لما مر بيانه في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد فتعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهاياة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهاياة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهاياة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكر ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه لانه الا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل **قوله** ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب غير هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر

قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز عورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزمه ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

المختين

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر **قوله** والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما ذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة هذا التعليل بان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة الى ههنا كلامه اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح الافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء واما الثاني فلان الظاهر من تعليل المص باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت فلان القليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يحمل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح **قوله** قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لما كان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد والتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى **قوله** ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فينعقد شركة بينهما في الربح وههنا كذلك انتهى اقول لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سيأتي في الكتاب انه اذا كانت الارض

لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة، وله ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة، ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز، وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه في معنى إجارة فاسدة، وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض، والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر الأجر كما فصلنا، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع. ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط: أحدها كون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل دونه، والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد، وهو لا يختص به لأن عقدا ما لا يصح إلا من الأهل، والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل، والمدة هي المعيار لها لتعلم بها، والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل، والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد، والسادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية، والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد، والثامن بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة، ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال، وقد اجتمع مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل. **قوله** لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها، قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل: لأنه أتى الزوائد على تأويل الزوائد انتهى. أقول هذا التفسير قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى. **قوله** ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز، قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سلف في باب العشر والخراج أن أرض العرب كلها أرض عشر، فإن خيبر من أرض العرب ممنوع، كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فإن مشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف، وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر، وذكروا حد أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور، فمن أتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب. **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه، قيل قوله لأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فإن الزرع له وإن كان نماء ملك صاحب البذر، وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى، والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا إلى الآمر، كذا في العناية وغيرها. أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكرنا، أما الأول فلأن الزرع في الصورة المذكورة ليس نماء ملك صاحب البذر وإنما هو نماء ملك الغاصب، إذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا، ومثل ذلك بأمثلة منها ما إذا غصب حنطة فزرعها، فقد تبين أن البذر زال بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه، وأما الثاني فلأن محل النقض إنما هو قوله لأنه نماء ملكه، وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض، وإنما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره، والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب. **قوله** إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع، أقول لقائل أن يقول نعم إن القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك، لأن التعامل إجماع عملي والإجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول، فبقي تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه، فما وجه الفتوى على قولهما. ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما إذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد، إذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما، وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فإن قيل التعامل على خلاف النص باطل، قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مسنورة النصوص، وإلا لا يحل لأحد الخلاف فيها، أو يحملها على ما إذا اشترطا شرطا مفسدا، فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما، إلى هنا كلامه. **قوله** والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما، أقول فيه بحث لأن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة، فتعيين بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثير طائل فتأمل. **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع الشركة كان مفسدا للعقد، قال كثير من الشراح لأنه إذا شرط ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة، والقياس يأبى جواز الإجارة المحضة بأجر معدوم انتهى. أقول فيه شيء وهو أن القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة

لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر

لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

كما يابى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ايضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجودة في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علموا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكذا معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهي ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يمكن ان يجعل احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح واشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية لعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار يجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الآخر في الاصل يجوز ان يتبع الاخس انتهى الفرع الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجر الارض وان يجعل رب الارض مستاجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استيجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استيجار الارض ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استيجار منفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استيجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص والتعامل بالامة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض والعامل وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستاجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض والعامل وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استيجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستاجرا للآخر فالوجه في الجواب ان يقال اذا اشترط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمه وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمه وجوه آخر لم يذكراها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلثة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر وعلى ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمه وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبدالرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن، وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود، ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط، والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه، وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان، ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل، ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لأنه حكم العقد، وإن شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد له أجر مثله بالغاً ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها، وقد مر في الإجارات، وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه، ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى، وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأن النماء حصل في أرض مملوكة له، وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض، وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره، وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر، والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً كل يوم وألحق الزرع كله بصاحب البذر، ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج لا أنه لا يستوجب أجر مثل الأرض، وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأنه كان أجر مثل عمله، ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل انتهى كلامه. **أقول** توجيه المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام، أما أولاً فلأن كون معنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئاً من الخارج مما يأباه مقابلته قوله وجعل لصاحب الفدان أجراً مسمى وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم، إذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضاً شيئاً من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجراً كما صرح به الراوي، فكيف يحسن مقابلتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذي ذكره، اللهم إلا أن يقال ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة ألجأت إلى خصوص ما جعله لصاحب العمل.

قوله وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن. **أقول** في هذا التعليل قصور إذ على تقدير انعقاد الحب أيضاً يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤدياً إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى، فالأولى في تعليل هذه المسألة أن يقال لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قال في تعليل المسألة الآتية المتصلة بها، وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسألتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه تنقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى. **قوله** وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل. **أقول** عبارة الكتاب هنا قاصرة عن إفادة تمام المراد، لأن المزارعة الصحيحة كما يكون استئجاراً للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب رب الأرض كذلك يكون استئجاراً للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل، وقوله وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية، بل يدل على أن الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه، فكان الظاهر أن يقال وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء لأحد من المتعاقدين. لا يقال علل المصنف قوله وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج، وإن كانت إجارة فالأجر مسمى لا يستحق غيره، ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار الأرض أيضاً فهم منه حكم هذه الصورة أيضاً فاكتفى بذكره، لأنا نقول عبارة المسألة عبارة مختصر القدوري، والمؤاخذة بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدوري، فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق، ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه في صورة استئجار الأرض، ألا يرى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلاً بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم، وأجابوا عنه بأن الأجر ههنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض لفرعه، والأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر كذا ههنا انتهى. ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضاً لفرعه

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك **قال** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل مقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته

ثم التعليل المذكور في جنبة ما تشكل الصورة فتعين القصور تامل **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المأتي به مجرد المنفعة وهي لا تتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الارض او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ولما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشائخ انتهى **قوله** واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء وبعض مشائخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء وكان المص قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل **قوله** وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المفسخ نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر، ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ وكان الشيخ ابو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ قال بعضهم قال له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني يتصور دخول احديهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشائخ لكنه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشائخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشائخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشائخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض قلنا استدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فيرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من المنفعة على تقدير لا يفار فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتأمل

كتاب المساقاة

قال في نهاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا اقدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الأشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة

ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقدمت ولأن تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أنه اعترض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضا شيء وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقالا جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكان كل من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخل به الآخر كما ترى **قوله والمساقاة هي المعاملة** قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الأشجار والكروم على من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذاك بوارد إذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والإجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي وإلا يلزم أن لا يصح قول المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة إذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل إنما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك المراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة** قال في العناية يعني شرائطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لأن الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فإن شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الإمام قاضيخان في فتاواه وفي النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية إلى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد إليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعا إلى آخره فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه **قال** فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل **قال** واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصارت كالمزارعة اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا

بيان شروط المساقاة كما ذكره بين بيان الاقوال الثلثة المذكورة اجنبيا كما لا يذهب على ذوي فطانة **قوله** لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة
قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان كون قوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن ان يجعل دليلا على المجموع لجريانه في المجموع كيف ولا شك ان اصل الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي ان يعم دليل ذلك الدليل ايضا للمجموع عند اذ كان ذلك واما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليها حتى يذهب اصولها ليس بتام اما على النسخة الاولى التي معناها لانه لا نهاية لذلك اي لبيان ذهاب اصولها فكان اتى المدة بتاويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق دليل تينك الصورتين ايضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود واما على النسخة الثانية التي معناها لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما اي كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلا يرد عليه ان لا يقتضي انه لا يذكر دليل الرطبة ايضا لان حاصل ذلك الدليل ايضا جهالة المدة فينبغي ان لا يذكر ذلك ايضا بناء على كونه معلوما فتامل **قوله** ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخرين بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل فكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما انفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى اقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في انهم ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فاني تيسر الحمل على خلاف ذلك **قوله** ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر انتهى اقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احديهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذر فقيه روايتان احديهما بالايجاب وهو ان يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو ان لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن **قوله** وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته اقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض او نحو ذلك واما اذا ترك بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر

وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل **قوله** وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر الغراس بل يكون تسليما للقطعة خشبية وهو ما شرطا ذلك بل شرطا تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكن تسليما للقطعة خشب حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في [illegible] المغرب كل ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم [illegible] تسليما للشجر الا مجازا بل يكون تسليما لقطعة خشب [illegible] هؤلاء الشراح ثم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا اذ ان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرح به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد **قوله** وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخرج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرنا في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج [illegible] الاقتضاء معنى الاستيجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية [illegible] قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتم [illegible] المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة اتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

اختصاصها باحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما صرح جوابه ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم ما يذبح كالذبيح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض المتأخرين من مشائخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلانه يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل للنظر اصلا

قوله قال الزكوة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان هذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وههنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا التطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه فهذا ايضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لا يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو ممنوع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم يعني بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قطعيا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السابق والسياق في النظم الشريف الا يرى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد منه اذ قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي خص منه البعض لا الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال ايضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى ان الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة اذ قد يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي اكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

كما تيادي عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك ان الاستدلال بهذا الوجه تمشي على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة **قوله** والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا اختلفت المشائخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا ليس بمذكور في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكوة شرط حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان احدهم ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هذا احتمال آخر اقرب مما ذكروا وهو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبحهما تدبر تفهم **قوله** وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى اقول كانه حسب انه اتى في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها ولكنه اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الذكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير ويجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه **قوله** له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده **قوله** ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو
اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط
عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح
بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احداها ان يذكر
موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور
بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به
لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية
وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه
مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت

شيء وهو التحريم قال في العناية وجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا
ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم
يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة
مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى **اقول** فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا
على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري
اصلا لانه ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل
تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال او الرمي مجمع عليه
بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل هو غير محتمل للتخصيص فيعم كل
ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر
اسم الله عليه لما كان عامدا او ناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تقف **قوله** ومالك يحتج
بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان
جميعا لعدم التقييد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وتاكيده
بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى **اقول** الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين ان يكون مراد المصنف
بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان الحق في مثله ان يقول لما تلونا
فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر
ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لا يحتج دليلا ان يقول [illegible] فيهما [illegible] الكتاب وحده وان يقول
لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا دون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى **قوله** لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع
للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة هنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بعين لفظه
واما صاحب العناية فذكر لفظ انسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص بعد هذا او رد الامر بفريه **اقول** فيما ذكره هؤلاء الشراح
نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد وبلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه
انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد
والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفراء والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الاديم انتهى فعلى الامام

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرى الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال العبد الضعيف عصمه الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل به كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح

قولهم فيكون بكسر الهمزة ههنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراد دون الفري كان فتح الهمزة ههنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى افري ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا الاجمال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون اليق وانسب ولا ما قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فري بمعنى افري ايضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكر في القاموس هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرى قال في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرى اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرى اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى اقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرى بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرى فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم يتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما يجيء من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع احد الودجين اولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما يقرر في كثير من مواضع الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع اعلى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شئ انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل اكله وما لا يحل قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع

حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك انتهى اقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في الغاية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل هنا على الجنس حتى يمكن ان يورد عليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحت ما نحن فيه ليس افرادا حقيقة لان اطلاقه على غير الوجهين بطريق التغليب او الانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراد حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس هنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن ليس فيه نفي المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد بذلك انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو ايضا اول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز اكل المذبوح به كما افصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح فلم يتم هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي على المطلوب كما ترى قوله والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال انه عرق فقد سها انما ذلك النخاع بالنون ويكون في القفا ومنه نخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع والنخع ابلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب ان صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد في الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرائين واوتار وما ثمة شئ يسمى بالخيط اصلا الى هنا لفظ العناية اقول الرد المذكور مردود لان ما ذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء اخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثمة شئ يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من ان لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان واجزائه مطلقا شئ يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل لما ذكر احكام الذبائح شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية

وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير **قال** ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف **قال** ابو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره لان غالب اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد [illegible]

الذبح المتوسل الى الاكل وقدم المذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يمشي هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية يمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر ان يكون كل من البيانين قيد المقارن به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على خلاف المتبادر من الكلام فتدبر **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر اغبث الى الغبرة دون الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح ايضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح ههنا البغاث ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يحمل تفسير المافي الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح اولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل اللحم يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذاك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذاك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم

في الترجيح للمحرم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس باكل الارنب لان النبي عليه السلام
اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير
فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع
بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول
على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد
واما الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر
ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه
لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها
الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل
يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع افراد ذلك الجنس كما توهم فوائك الشراح فالظاهر ان مراد المصنف هو انه انما تكره الحشرات كلها لان الغضب منها وقد ورد في الكتاب
اكله النص فيستدل بكراهة اكله على كراهة اكل سائر الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم اقول ليت شعري لم وقع النص فيها المضيق وقد ثبت
في اثبات كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر ان الحشرات كلها من الخبائث والاولى الاستدلال بكراهة الغضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه
قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قال في شيء
اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان المروي عن ابي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصرا في لفظ اكرهه فكان بعضهم حمل
التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان احدهما لا يعجبني اكله وبه اخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما اكرهه وبه اخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف القولين
لاختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور وهي اختلاف المشايخ
في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وحض بعض الفضلاء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي
عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف تامل **قوله** لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضمير لهم
راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل ائمتنا مع ان التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا
يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما في ذلك ايضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتامل **قوله** ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث اقول لا يذهب على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى ذلك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك
الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى كلام المصنف بل ينبغي ان يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون
بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل
فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكلية كما عرف ولو كان الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تمشية الذاتي
من العرضي انما تعتبر في الحقائق النفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا
لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة
فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تامل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات
الشراح فقال صاحب النهاية اما اللغة فالاضحية اسم شاة ونحوها يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من التفسير

الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب [illegible] قول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرها فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبا الكافي والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع [illegible] في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية [illegible] ص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح [illegible] الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح [illegible] ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فاتهم الفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه ونظيره ما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى لو ولدت المراة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول بالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي رح ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة

الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشئ الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشئ واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب متنافيان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع ان يكون شئ ... موصلا الى شئ واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا ... شرطا لادائها فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شئ واحد **قوله** الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال ... في النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم ... افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة بالميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فلهذا الحكم ففي دلالته ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك لان اشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى اقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب ... الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يغيره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرح به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرح به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجئ في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف يفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم

ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر انتهى اقول وليس هذا ايضا بشيء لان مراد المصنف هناك فوات اداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلية في حق المقيم ايضا فان الاداء هو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضي الوقت في الواجبات الموقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف في اصول الفقه واما القضاء فهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما الفائت بمضيه عن وقت لا غير وهذا ايضا مما عرف في اصول الفقه وقد تقرر فيه ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصوم للصوم والصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة والحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان اداءها في وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها او بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوط وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة اداء الموقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعد وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها او بقيمتها لا بغير ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الاصول من ان وجوب الاداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن ادائها كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هناك يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شيء عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب ادائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اي في اي وقت كان باعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في اصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان تسقط الاضحية اداء وقضاء بهلاك المال بعد ايام النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله الآتي وبيان شبه الاضحية بالزكوة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي ايام النحر في سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب في سقوط الزكوة والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان وهنا متفق تلقي

والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ومن لم يضح هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر هو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان تحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم تشترك في الالزام قطعا فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل جمع الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله والوقت عطف على قوله والحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية مختصة به اي بذلك الوقت فيئول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان تحقق التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري

قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية

وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت والامصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون المبين والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شئ اصلا ولا يخفى ما فيه **قوله** ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول ههنا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حق من عليه الصلوة بعد الصلوة فمن اين يحكم بدخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار ايضا على تقدير ان يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل لم يمكن اداؤها قبل الصلوة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلوة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولذا اقل من امكان ادائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة اصلا فان مراده بقوله واول وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك انه اذا كان تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال واول الوقت لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلوة العيد انتهى **قوله** ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم قال الشراح قوله اجزأه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك في العبادات فيؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى اقول ههنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلوة اهل المسجد صلوة معتبرة لا تنافي كون صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على عكسه صريح في ان صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلوتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكروه

قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص اما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة

فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى مواضع الكتاب قوله وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول لقائل ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا من ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعده وايام النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من ايام النحر وهو يوم العيد واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تنافي بين الكلامين في المقامين يرشد الى هذا قوله ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى اقول الذي يكون بصدد بيان الحكم هنا هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها كما افصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر قوله واذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث القضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف الاداء انتهى وقد تبعه بعض الفضلاء حيث قال وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى انتهى اقول ذاك ساقط اذ لا نسلم انه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لان اعتبارهما من حيث ان القضاء بغير الجنس كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث القضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة ان هذا المعنى متحقق في التصدق بالعين ايضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة او بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شان المصنف جدا اذ يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشاه من ذلك فالحق ان مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما اشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين او القيمة قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الى آخره قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يذهب عليك انه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز ان يضحي بالجماء والخصي والثولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب او السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن يجب عنه الاضحية وعدد من يذبح عنه من الشاة والبقر والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما تحققه من قبل ولعل صاحب العناية تدارك حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا تجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما تجوز به التضحية قوله واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر الى آخره اقول تطبيق هذه الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها اكثر اذنها وذنبها بصيغة التفضيل

قال ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا ويستحب أن لا ينقص
الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة الأكل والادخار لما روينا والإطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا **قال** ويتصدق بجلدها لأنه جزء منها أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لأن الانتفاع به غير محرم ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع
به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق
بثمنه لأن القربة انتقلت إلى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي أجر الجزار من الأضحية لقوله عليه السلام لعلي
رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معنى البيع ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لأنه التزم إقامة القربة
بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره
وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره أن يذبحها الكتابي لأنه عمل هو قربة وهو ليس من
أهلها ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفسادا **قال** وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ
عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان
على الذابح وهو قولنا لأنها تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها
في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتها بعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب
رجلها فإن قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله
من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من ذبح أضحية غيره بغير أمره أو طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على
الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه
على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الإذن دلالة إذا ثبت هذا نقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير
إذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل
واحد منهما صاحبه ويجزيهما لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم

والإضافة إلى الأذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية
الثلث فظاهر لأن الثلاث الربع بأكثر من ثلاثة الأرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الأكثر من الثلث فلأن الأكثر من الثلث
إذا لم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الأكثر من الثلث عنه لم يعتبر [illegible] النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث
في الجملة فلم يلزم في عدم الإجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الأذن والذنب فكيف يرتبط قوله واختلف الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر
بما قبله من مسألة الكتاب فإن قلت ليس المراد بالأكثر في عبارة مسألة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد إليه قول المصنف في
بيان وجه رواية الأكثر من الثلث وفيما زاد لا تتقيد إلا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث
والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالإضافة إلى الجزء الباقي وإلا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والإضافة إلى الأذن والذنب
لمجرد بيان محل الكثير فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن
تكون عارية عن اللام والإضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة
العربية [illegible] المصنف تلك المسألة بقوله لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا فلا بد من تقدير أن يحمل الأكثر على الكثير المطلق إذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا
لزم [illegible] باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما إذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما إذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة
قوله [illegible] يستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لأن الجهات ثلاثة الأكل والادخار لما روينا والإطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها
أثلاثا أقول [illegible] أكثر العلماء كما تقرر في علم الأصول أن ظاهر قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الإطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في جواب قوله ولا بأس
أن يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لأن للبدل حكم المبدل أقول لقائل أن يقول هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية
له فإنه [illegible] بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في أصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع
به إلا بعد استهلاكه كالخل والأبازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول أقول فيه بحث أما أولا فلأن اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فإن الدراهم
مما لا ينتفع بعينه [illegible] لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وإنما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والأبازير فإنه مما ينتفع به وإن كان
ذلك بعد استهلاكه فيجوز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الأضحية غير محرم فكذا ببدله وأما ثانيا فلأن عدم جواز بيع جلد الأضحية بالدراهم
إنما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فإنه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز الانتفاع بالجلد فجاز الانتفاع بالبدل لأن للبدل حكم المبدل
قال وكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا إلا أنا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي ولا تعط أجر الجزار منها فإذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائعا اللحم أو الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يكون قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولو ان بيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كما لو باع اضحية قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بالفضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول قد خلطوا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراء غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام عمله على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحيته فيكون المراد به الاشارة الى ما في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعها دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تيسر

شيء ومن ذلك

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية عقيب الاضحية [illegible] وفيه الكراهية الا يرى ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة [illegible] الاضحية [illegible] ذبح الكتابي [illegible] ثم ان [illegible] كتاب الكراهية [illegible] الشروح ثم [illegible] باسم الكراهية [illegible] الحاوي [illegible] وتبعهما [illegible] سماه محمد في الاصل بالاستحسان [illegible] كتب كثير من مشايخنا كما في الكافي الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها [illegible] مختصره بالحظر والاباحة وترجمه القدوري في مختصره [illegible] وكذا وقع في التحفة والبدائع [illegible] وجه [illegible] بالكراهية فلان بيان [illegible] التسمية بالاستحسان فلان فيه ما استحسنه الشرع [illegible] التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع و الاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما اباحه كذا [illegible] في شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة [illegible] وكراهة قال في القاموس [illegible] قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي ليس براض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال يعني المصنف تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريمية واما المكروه كراهة تنزيهية فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين ههنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحوم الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان المضاف الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير و تاويل لكن مرادهم عدم استقامته ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يوكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضها منها تذكيرا ليتوافق الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

وتاويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بيناها هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال و النساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فصح عنوان الفصل بالاكل والشرب [illegible] واذكر معها غيرها ايضا لما سبق في الذبائح والاحاديث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير الا [illegible] اقول فيه تام [illegible] لان [illegible] ستة [illegible] كثير [illegible] التي لم تذكر [illegible] داب المصنفين ولا مما يسمع [illegible] ثم اقول [illegible] يقال [illegible] الا تن بان ذكر مع كراهته [illegible] اليه لان [illegible] يكن تمة قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهته لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطية لكراهة الالبان التي لم تذكر فيما مر قط ولا دخل [illegible] بالتوطية لذلك فلا [illegible] الاتن بالذكر دون لحمه باتم قال [illegible] لك البعض واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا الكلام صحيح لان المص ايضا ذكره ههنا في الهداية [illegible] التكرار قطعا وانما لم يلزم التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابي يوسف لا باس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يؤكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلا يجوز ان يكون شربه حلالا والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف المذكور ههنا بنفي الباس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا كالقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا باس بذلك فلينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظة بهذا العبارة ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا **قوله** وقد بيناها هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان الباب الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلوة والذبائح وانما ثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين اما في توجيه الصورة الاولى فيهما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان ان الا [illegible]

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس بذاك الشيء لان ماله ان يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا وجه اتيانه في اول الكتاب وجها وجيها لا يراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب ابوال الابل حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا التقسيم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع ان استلزام طهارته حل شربه محل نظر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاكم فيما حرم عليكم كما سبق فيدا حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما طهارته فانما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان اني وبعكسه برهان لمي ولا دور اصلا وكيف لا حال بين كل مؤثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منهما لان كلا من ذلك استعمال لهما والمحرم هو الاستعمال باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطييب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير قال صاحب العناية بعد نقل ذلك واري انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لابد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اواني الذهب والفضة وآلاتهما هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتها وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ومسحه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية ام زائدة بل محتمل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشائخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء يظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل لوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذه بيده واكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي ههنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك واما الاناء المفضض او المضبب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبر صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره اقول يشعر تعليلهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرد ابا يوسف في بيان الحكم فيما قبل واما صاحب الكافي فافرده ههنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية ردا لما في الكافي من احتجاج ابي يوسف اقول ليس ذاك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به عن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة **قال** ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خاليا عن زيادة او ان اوفيه شيئ من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى **قوله** معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير تبركا به **قوله** لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسألة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المص ههنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم فانه يتضمن اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة اولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر **قوله** لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لمانع ان يمنع ان انفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايديهم بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء ايهم انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان اهدائهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة **قوله** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قيل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالات والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدايا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسان ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراى قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المسئلة روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاثنية الطحاوي فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري **قوله** ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف و محمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا اجاز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتاخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح ثم قال وجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها لاصحية ظاهر الرواية وجعله في نفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شرطي الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر **قوله** ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا شبهة على احد في قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبرهم لا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث اتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء من جموع اسماء الاشارة فيكون ههنا اشارة

وان أراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلثة المذكورة وهي العبد والحر والامة ففيه من كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه في المشبه به ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى ههنا وكان مما يلزم اثباته ايضا ههنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينيه قبل ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط اقول هذا مشكل عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء كان الراجح ان يتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته ما لم تطهر والمفروض انتفاؤها اخرمطه والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتادية الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما سياتي من بعد فان التيمم هناك بشئ طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتامل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يحصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا ابقي احتمال الكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فما مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك واما التحري فمجرد ظن قلت معناه انه مجرد تخمين وظن لا غالب ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غالب الظن وهي اقوى من الاول فافترقا

قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة اجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحب العناية والنهاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب ما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة ما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت موكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس بشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقهيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد ونظيره الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لا يلزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعوة اقترنت بلهو وفيها لا يسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه السنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى ههنا كلام ذلك البعض اقول لا يذهب على ذي فطانة ان هذا الكلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فمن اين كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء اجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غناء فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة

ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجئ في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بخطه قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشئ في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجئ في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ماذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعى الى وليمة ... شئ من البدع اصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمه شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر ان ثمه شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تقف **قوله** وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافهم **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله تعالى اطلق اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي ... مناضلته بقوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا اجتمعوا عليه لانه قد لزمهم وقد دلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام
اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجدتهم اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغنا
في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعي واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس
من هذه الثلث فكان باطلا ينافي قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة
من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير هذه الثلث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة
الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجدتهم اللعب والغنا
ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في حاصل
كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة
في الحديث ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صحيحا وجعل شهرة
الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا
ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل
الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو
واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السوال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبما حاصل منه نتيجة واشار
بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن
القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى وكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال
بعض المتاخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي هنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي
مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب
الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل
على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض
اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا
ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا انا اذا قلنا كل انسان حيوان
ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضا اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن
للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رحمه ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

لبعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلث المستثناة في الحديث الان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان ان يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يمشي حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها كما صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى قوله وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمه مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم اما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلى به مرة لا يكون شيئا معينا منها وقد اعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذاك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر ذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة لبعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روى انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطى لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطى انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب ما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى فالصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطى لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطى لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول انما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تاخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان فيه وعيدا لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تاخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان ليس بصحيح اذ المتأخر يكون ناسخا للمتقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال اقول في الجواب الذي ذكره ايضا شئ وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكر واستعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن اين العموم اجيب بان العموم المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشائخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة

في قوله عليه السلام هذان حرام ان الحديث متقابه بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فلزم ان لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للنساء فمن اين ثبت العموم **قوله** ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وما خذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمراة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمراة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد والنوم عليه ايضا وجامع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتيسر كان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم **قوله** لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رايت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات لهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكي على جمرة الغضا احب الي من ان اتكي على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما فصل في الشرح من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منها العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى **قوله** والمحظور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتاخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام اذا يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة بلا للحاجة اليها فلا يبقى وضوح ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا الضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح الا الضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا الضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا الضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تامل ترشد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسألة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين وقد يقال ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض اقول لم يصب ذلك في رايه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المعتبر

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرح به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المص المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدم وعدم التفات فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقرره في كلمات المشائخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة بدون القصر عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم لانه بهما باللحمة والسدى معا بل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غيره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر او لم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشائخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط وانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله او نقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمال ترشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله او نقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه ايضا تبصر قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه اقول لمانع ان يمنع كونها في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بانها ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة بضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

التختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة لضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه **قال** ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له **قال** ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد الكناني اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن **قال** ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها **قال** وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى

ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وانه روى قال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا ظاهر النفع في اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي زماننا وظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له اليشب والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه

قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتاخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه توطئة لما فصله من دلالته انتهى اقول ليس كذلك لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه لما قيل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن امته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة بدون اذنها مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه وقد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والانسب من ذلك ان يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى المراة ونظر المراة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدا في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى **قوله** قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على جواز شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها منها ما روي ان امراة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء ان المراة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها بلالا او انسا قال رايت كفها كانها فلقة قمر اي قطعته فدل على انه لا باس بالنظر الى وجه المراة وكفها **قوله** وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين يريد ان حرمة نفس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم المباح

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضى الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلى راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغى ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر و

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفى سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز فى البيعة ولا يصافح الشواب كذا فى المحيط وغيره وما روى عن ابى بكر وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهما فيما ذكر فى الكتاب يعم ظاهره الدليل العقلى وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر فى الكتب نقلا عن الائمة او المشائخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل فى مقابلة النص وهو ما ذكر فى الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها اما اذا ذهبت العينين من رؤيتها وانزوى ابدانها من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على بعض ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة فيكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا فى مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف فى علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يامن على نفسه وعليها فلا يتحقق دعوتها النفس الى مسها فى تلك الصورة قلت ان لم يتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل فى تلك الصورة فما سالها ذلك فى كل حال والظاهر ان المراد بالمرأة المذكورة فى النص المزبور هى المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التى تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تامل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها قال بعض المتاخرين اشتراط امنه عليها محل تامل لعدم كون ذلك فى وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة فى نظائرها فجاز اشتراط امنه عليها ايضا بناء على ذلك قوله فان كان لا يامن عليها لا تحل مصافحتها قال بعض المتاخرين تخصيص عدم امنه بكونه عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير فى عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير فى عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا يحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتاخرين قد يجوز ذلك بابا حة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالى هنا اشكال وهو ان شهود الزنا كيا هو انى الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس فى الحدود حقوق الناس الا فى السرقة ولهذا يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير فى شئ اصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة فى الشهادة بالزنا ثم وجدت ما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود وهو ان هذا ينبغى ان يكون الستر افضل حيث ان يكون الحاجة الى الامن اليم التعمد الى الزنا علم ذلك حينئذ الا اذا ادى الحال

وبعض بصرها استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخففا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما ان الستر فيه افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فلم يندفع بذلك الاشكال فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن الهتك فمن اراد ان ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب مع ان الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها مع ان فوق تلك السنة ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر الفصل قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها احد العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا ينصيص منه على ان السرة ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والماخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتباه انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية احدهما فقط من الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضى الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

فبقى الاشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال ان فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفى كتاب الصلوة ايضاً والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية بانهما الاخيرتين وقال للاولى منهما وهذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فجاز ان يكون تعليل الشافعى فى اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكه مع ابى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى اشتراكه معه فى تعليله بقوله انها احد حدى العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور اصلا تامل تقف **قوله** وابدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابى عصمة والشافعى اخرجه احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكشى حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق ان ابا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفى المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى ان وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه التسلمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تمييز ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المعروف فى الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر او فعله او ترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه لتشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين **قوله** وما يباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة فى النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان فى قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهى او شكت فى ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق فى جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابى حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التى تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق فى النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ فى تحصيل معنى اللذة

اقول لقائل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقدمر ان وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليها اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن ان يقال المراد انهما سواء لم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة فما ذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر قوله يجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امن الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه اقول ليس الامر كذلك فى الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة اعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبتيه فانه العبارة لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك ان هذا الذى ذكر ههنا ليس بعكس ذلك وانما هو عكس القسم الاول المذكور فى صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور فى صدر الفصل بناء على ان المصنف لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل ادخل فى خلالها الاقسام الثلثة الاخر من اصل التقسيم كما ستحيط به خبير المتمكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان فى عهدته الآن بيان ما بقى منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتاخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثانى كان اولى اقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا ان ينكر الثانى ولا الاول تامل تفهم قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم الرابع منه لما لا يشتبه على احد من اولى النهى ولمراد ركيف خفى على مثل ذلك والعجب انه قد ابتلى بمثله فيما مر كما عرفته ونبهت عليه ولعل حكمة ان فى هذا الفصل ما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح فى رعاية الترتيب فى كلام المصنف ظاهر فقصد من نفسه ما هو اشنع منه قوله وعن ابى حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه يعنى لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا اعنى قول صاحب الكافى حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يعنى لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتى انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مختل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر فى القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذى لا بد منه ههنا بيان ما يمتاز به القول الثانى عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ فى هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه فى القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك قال فى الكافى بعد ذكر هذا الاصل الذى هو حديث ابى هريرة وقالت عائشة رضى الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول بق لى بق لى وهو يقول بقى لى بقى لى ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدى صاحبه انتهى وقصد الشارح العينى تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم ان يكون اغتسالهما معا بل يجوز ان يكون متعاقبين ولكن فى ساعة واحدة ولئن

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يريني ولم ارمنه انتهى اقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح اما الاول فلان قولها رضي الله عنها فكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالبقية وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بمرأى صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لروية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليهما مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر لها الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأديبا بما يقتضي مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عايشة اصلا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذفت الرحم واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة في العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء نحي خبر المنع اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النساء في هذا الباب

سرتها الى ركبتها نسخه

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهى ما ذكرنا فى الكتاب ويدخل فى ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم من المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمه فى مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر فى قوله ذوات الرحم المحرم والباقى منه بمعنى الحرمة لا غير كما فى قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم ابنه كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال فى فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية وزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهى كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور فى قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اى صاحبة حرام لان الحرام هى صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثانى فلانه انما لا يلايمه تفسيره بما سيجئ لو كان مراد المصنف بما سيجئ تفسير المحرم الذى هو مفرد المحارم فى قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى والظاهر ان مراد المصنف هو الثانى ويعضده تقرير صاحب المحيط فى هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسره به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق فى معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما فى مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثانى **قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية** قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اى فى جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على التاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية وتبعه الشارح العينى اقول فيه نظر لان الاية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه اية اخرى وهى قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فبقى غير البصر عما ورائها مامورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى او اية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك

ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب او كان بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بأن يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا من ذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه لمنكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهر الام محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتاخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره بان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل والايسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ويكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال قوله والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه يعني بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع بجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكره خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يباح لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلانه ان قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتاييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة واستيذان كما حققته فيبقى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه ان يقال في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارمها الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل

واما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فكمحكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان افلح اراد ان يدخل على عائشة رضي الله عنها فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك ارضعتك امرأة اخيه انتهى قال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك الحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا قوله وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما اقول لقائل ان يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بجلي من اصل المسألة لجواز ان يكون المراد اذا لم يكن زوجا فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فيجوز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح العيني ههنا ايرادان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا اسباط بن محمد عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله واخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن ابن عباس نهى عن خصاء البهائم الثاني انه لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على ان نظر الخصي الى الاجنبية كالفحل انتهى اقول كل من ايراديه ساقط اما الاول فلان عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رض عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد او بطريق الارسال وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول ان مرسل الصحابي مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون ان يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا انه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض اصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رض ان كان من مراسيل القرن الثاني او الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو ايضا مقبول على القول المختار من اصحابنا واما الثاني فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة رضي الله عنها كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالة اثر عائشة رض على المدعي اظهر من ان يخفى ثم اقول ولكن بقي شيء وهو انه قد ذكر في اصول الفقه ان قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع او الكذب والثاني منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر ان ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في كتب الاصول حيث قالوا ولانه فحل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة رضي الله عنها المذكور ههنا فيلزم ان لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل قال بعض المتاخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها اي يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى اقول الصواب ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل ههنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم المقصد الى نفس الفعل كما في نحو ذلك فلان يعطي ان يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح

والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح ههنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزال البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني حتى يتم المطلوب **قوله** والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يوجد في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة ولا تشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة اعني الخصي والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر قوي مما ذكره اولا جامع للصور الثلث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في حيزها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو اريد بالضمير المجرور في قوله يوخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة **قوله** والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هولاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هولاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما وروده فلانه لم يستعمل احد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلا وجهيه ليس بشئ اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على احد منهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هولاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح **فصل** في الاستبراء وغيره

وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد اي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناوله تسميات بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اما اولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاماء في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاماء فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا البعض من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقبول على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الذي في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رزق النظر وحقق **قوله** ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز ابطال حق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فيعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا ماء له ويجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا احتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح اخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص

باين الاحتراز عن الوطي المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطي المقيد نفسه بعد الوطي المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطي المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطي المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطي المقيد بعد الاحتراز عن الوطي المطلق ۰ انتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فاما يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطي المقيد بعد الاحتراز عن الوطي المطلق و اما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال الوطي المقيد بعد الوطي المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية واما الثاني فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وايضا الاعتبار لقوله فهذا اعنونه بالوطي لان المعنى [illegible] او [illegible] عن الوطي كان العنوان بالمس عنوانا بالوطي ايضا فكان ينبغي ان [illegible] الفصل السابق بالوطي استقلالا [illegible] استقلالا [illegible] الظاهر ان مرادهم بالوطي المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسالة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل [illegible] ايضا [illegible] الآخر [illegible] الفرق وان مرادهم بالوطي المقيد ههنا ما فيه نزاع فان الوطي في الاستبراء مقيد بان يكون [illegible] المطلق [illegible] المراد بالوطي المذكور في عنوان الفصل السابق ايضا ما في ضمن تلك المسالة لما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل **قوله** ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول في اطلاق هذه المسالة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره لكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشتري وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا في حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة في اطلاق هذه المسالة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور **قوله** لانه هو الموجود في مورد النص قال بعض الفضلاء في هذا الكلام فان الشيء من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك في صورة البيع و الهبة والخلع والكتابة يستبري صيانة لمائه ثم يباشر المسبب فلا حاجة الى استبراء المتملك انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا [illegible] مراد المص حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى لانه اي استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما يقتضي ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك [illegible] من غيره [illegible] كما لا يخفى على من تامل في تقرير المص في بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقة وما يكون دليلا عليها على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية [illegible] السببية باوضح الوجوه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك لسد باب القياس وانه منتقض بالمنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة وهذا هو المؤثر لما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبري صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ممنوع ايضا فان علة الاستبراء ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سياتي في الكتاب فمن اين كان استبراء المتملك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذاك لا ينافي وجوب الاستبراء على المتملك بناء على توهم شغل الرحم بالمحترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه

في الكتاب **قوله** وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء وعلى جوازه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ماء انعلق يرشد اليه قول المص والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان تتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين **قوله** وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه ومن هذا قد اختلفت الشارحون فيه فقال صاحب النهاية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسير المذكور يشعر بان مرجع ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح حمل عود ان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك ان توهم الشغل بماء محترم ليس نفس ان يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا للضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي ونظرا الى علته وللتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذي جاء به المشتراة بعد ان استبرأ لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل اقول في هذا المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم المذكور قبله فالمعنى وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبيل في ملك الغير نكاحا او يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم والا كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها لانه اخرج الكلام مخرج اوضاع الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ما محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه هذا التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان في ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ٭

كتاب النكاح الى ههنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطي الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب النكاح هو انه اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف في وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا فانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطي بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاخر في قول المص بماء محترم قيد التوهم الشغل فقط لا المجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المص ان يكون قيد المجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المص وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل عنه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيد المجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يريده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيه ان الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن التمكن الشرعي انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطي ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطي والمنع من الشئ انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطي والنهي انما يستقيم عند تمكن الوطي والتمكن للمشتري لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر ان التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطي قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متقررة عليه فلا بد ان يكون دليلا ايضا متقدما عليه والمفروض انه هو التمكن من الوطي فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبعي لزم ان يتمكن من المحرم الشرعي

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانها زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور تامل **قوله** وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما ثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكرا او مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تايد ذلك الاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك الرد وهذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة لتلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فمنها ما لا يتيسر توقف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خارج عن سنن الصواب هذا فان ماله الاعتراف بعدم صلاحيته ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسالة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فلما ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر **قوله** ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح **قال** ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة توخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تصاعدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لا تنافي اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يوخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطي الحرام او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة كما يجي في الكتاب هذا وقد اول بعض المتاخرين على قول صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير ظاهر انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغير كما عرف في علم الاصول والاستشناع بانه يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد اداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول ذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها رؤما للاختصار **قوله** بخلاف المشتراة على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي **قوله** والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال فيه ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فالعجب ان هذا كان الظاهر ان لا يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فانه خير حافظا **قوله** والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال بعض المتاخرين

ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية تيزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول لبعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان تيزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي تبع طريقة المص ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تخصيص السلم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان تيزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء اذ في زمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقب الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل من الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطي حكمه وحكم الشئ يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم اولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى ههنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشئ فانه ان اراد بقوله وحكم الشئ يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنهما بعض الحرج ولا كذلك ما عداهما لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تاخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تاخره عنه ذاتا مم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم من خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء **قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها** قال صاحب النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها وهو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في بيان نقصان دين المراة تقعد احديهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدر بالعشرة بهذه الاثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يمشي استدلاله به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكره قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا ايضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتفقدين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم ان الشطر لا يجيء الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه منه حديث الاستبراء فوضع شطرها اي بعضها انتهى ولكن ذاك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص ههنا على النصف واوله بالتقريب من النصف ليوافق مذهبنا في اكثر مدة الحيض **قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين** ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع والممكن هنا بان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ههنا ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطى يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطى بذلك كله وكذا رهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطى الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطى احديهما حل له وطى الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطى الاخرى لا بوطى الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين

قال يكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه

بتام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطيا على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل قوله وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتاب والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله او نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطى بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لا شك ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المصنف وكذا اي وكون اعتاق البعض من احديهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطى بذلك كله فتدبر قوله وكذا رهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطى فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي ان لا تحل له الاخرى الا يرى انها لا تخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قبل مع انه اذا كانت احديهما تحل له الاخرى كما مر انفا

ولهما ماروى ان النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحمل الملك فى قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطئ كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطئ لا ملك الوطئ وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله ولهما ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل قال فى غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال فى ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها وكامع المراة قبلها وقال فى القاموس نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العينى بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هى المعانقة فى الغالب وانما الذى يلزم ان تتلازم المكامعة والمعانقة فى الغالب ولا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الاخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان فى غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التى هى المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو فى تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هى المضاجعة فى ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها بناء على ان الكلام فى المعانقة والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة فى القاموس كامعه ضاجعه فى ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض فى شرحه وقال فى الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام فى المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام فى المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة فى الحديث بل اطلقوها قال الزمخشرى فى الفائق نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهرى فى الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التى نهى عنها فى الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزى فى المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه فى ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بها فى الحديث عن ابى عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وكذا حكاه الازهرى والجوهرى انتهى واما قوله لعدم الخلاف فى اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لا شك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل فى ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو فى غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة فى نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هى المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما فى القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هى المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له فى التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر فى بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه

الثانية

بمفيد

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان فساد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان فالله المستعان

فصل في البيع قال الشراح اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطي لان اثار تلك الافعال تتصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب لسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل وجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتامل الصادق قوله وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ماخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة حيث قال وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان لعدم تقييده بقوله واكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات فكلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا شك ان عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا نظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون مكان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان لكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طار ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان

وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على اي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم من الاول ولو سلم فلا منافاة ايضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق الى هنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المص وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المص وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة ايضا ولا ان تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة ايضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المص وغيره عللوا كونه في سعة من ابتياعها ووطئها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على اي وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المص وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم ان يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على ان يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا ويكون قول المص وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام بمعزل خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا

وكذا اذا اخبرها مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلتبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما الاثم فيحصل وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه ان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول خبر الثقة اذا كان اكبر الراي انه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب ثم لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو ان ظاهر ما ذكره ههنا هو ان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن لا بد في قبول قوله اذا كان مخبر غير عدل من ان يكون اكبر راي السامع انه صادق وقد صرح في اوائل كتاب الكراهية بانهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان اكبر راي السامع انه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما ذكر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول اكبر الراي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الراي على ما مر وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الراي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتامل انتهى اقول جوابه ليس بشيء فان اكبر الراي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك لم يتوجه اليه فكيف يتصور حصول اكبر الراي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الراي فيه وانما اعتبر اكبر الراي فيه اعتبار التحري بينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الراي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتريها منه وان لم يكن له راي بقي ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم اقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا وان ههنا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان تكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والآن ايضا اقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره قوله لان اكبر الراي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا يرى ان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان اكبر الراي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب شيء كالتوجه الى

قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن اجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ويحكم به شيء كالصلاة اذا توضأ بماء آخر نجاسته غير متيقنة واكبر رأيه انه صادق فيجعل اكبر الرأي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء وقال في العناية مستقلا في تفسيره تقريرا تاما يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء يعني انتهى اقول نسبته السهو اليه في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه نهي عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في الاصل في هذا المقام واكبر الرأي يجوز العمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك ماخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد رح فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو كالفروج والدماء جاز العمل باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى انتهى **قوله** لان القاطع طار والاخذ بالاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في العقد والنكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيوكل او حرمته فلا يوكل لان الحرمة لا تنافي الملك واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فيهما والاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى **قوله** وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس به لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتاخرين قوله لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لعموم هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب العناية وغيره في تعليل هذه المسألة في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في الفتنة

ولأن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد. قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح

اقوى وارجح فلا اقل من ان يكون مساويا للاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال ان يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي ان يكون بيع السلاح من مثله في ايام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا توجيه للشرح المذكور اصلا **قوله** ولان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه فانما المعصية بفعل المستاجر وهو المختار فيه فقطع نسبته عنه اقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح في هذه المسئلة بمسائل متعددة كثيرة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شئ منها من واحد من ائمتنا منها انه اذا استاجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استاجرها ليصلي فيها وصلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه واي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة او معصية لا يجوز انتهى ومنها اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة او النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا ان الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر رجلا للاذان او للامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استاجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلوتهم طاعة عندهم معصية عندنا واي ذلك كان لم يجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى ان التعليل المذكور في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح في مسئلتنا يقتضي ان لا تبطل الاجارة في تلك المسائل ايضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليست بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته ذلك الفعل عن الموجر فينبغي ان تصح الاجارة فيها ايضا عنده مع ان الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا ان يجعل منفعة عين العقد لاجل الطاعة او المعصية تاثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه ايضا والحاصل ان الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شئ لان المسلم لم يواجرها انما اجرها للسكنى فكان بمنزلة ما لو اجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة او كنيسة او بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد وقال شيخ الاسلام واراد بهذا اذا استاجرها الذمي ليسكنها ثم اراد بعد ذلك ان يتخذ كنيسة او بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز الى ههنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط والاختيار فيما بينه وبين ما ذكره المص من التنافي اقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز ان يكون بناء قول شيخ الاسلام فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز على قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما ان لو قال لا يجوز عند ابي حنيفة او قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر احد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب المتون

قال ولا بأس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء وقال ابو حنيفة رح لقوله عليه السلام الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرمة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم

يذكرون قول ابي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بانه لا باس عند ابي حنيفة ان تواجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام ان يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المص صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند ابي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كبشرية لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء بينهما ايضا من التنافي انتهى اقول كون كلام المص صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز ان يكون قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صورا ايجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك ان اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية لغو شي ايضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز ان تكون الصور الثلث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المص انما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر واما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر بين فح لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى فانه لو سلم دلالة كلام المص على كون بيع الخمر ايضا معصية للذمي فلا خير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشائخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في اصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع ام لا فيجوز ان يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المص على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها قوله وقالا لا باس ببيع ارضها وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان عقارها تقبل التمليك والتملك انتهى واصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى اسامة بن زيد انه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام فهل ترك لنا عقيل من رباع او دور وكان عقيل ورث ابا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من اجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على ان ارض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب ما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر ما في الكافي واصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي الا يرى الى صحة هذا الحديث ايضا لو كانت الاراضي والابنية عليها مملوكة انتهى اقول لا يخفى على من له ادنى تمييز ان الحديث المذكور يدل على ميراث الارض قطعا اذ قد ذكر فيه انه عليه الصلوة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك ان كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشتمل البناء والعرصة

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية

التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع اودور ما ترك لنا شيئا من البناء والارض واذا كان وجه عدم ترك شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من ابي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض ايضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لاحتمال اصلا ان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول اسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتنا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم تركه ارضا ايضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره ايضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والعجب انه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في اصل كتابه ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ انه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع اودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة **قوله** ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلوة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه اقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلوة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره في باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها من كتاب الصلوة في فصل اوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله **قوله** للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب انتهى اقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف ان الكفار بل يجوز لهم ان يدخلوا المسجد الحرام ام لا لا في انهم نجس ام لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتاثير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب **قوله** ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل غسلا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد اقول لا يذهب عليك ان هذا الدليل لو تم لدل على ان لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي انه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى **قوله** ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد قال بعض المتاخرين ظاهره ان هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع ان يقال كيف انزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم انجاسا انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا شك في صحة ان يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم عجيب لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على اصل المدعى لا ينافي ان يتضمن الجواب عن ان يقال كيف انزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى

قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عليه السلام روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رح التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس

يكونهم نجسا كما حكي انه عليه السلام لما انزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم انجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاسهم شئ وانما انجاسهم على انفسهم ومن عادة المص ان يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على اصل المسئلة افادة للفائدة تبين معاً ولعل هذا ايضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا تقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فاجاب المص عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الخ **قوله** ويكره استخدام الخصيان قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض المتاخرين اقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة ان جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى واما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من آئمة اللغة قط **قوله** وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم قال بعض المتاخرين يرد عليه ان حدوث تعلق صفة تعالى لشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعليق فان صفة العز ثابت له تعالى ازلا وابدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما ان عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته او نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مبادئ لها فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهم عزه بالعرش وان عزه حادث والعز صفة القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام فتامل الى هنا كلامه اقول ان صاحب الكافي وان جعل كون لزوم عزه حادثا داخلا في حيز الايهام الا انه علل ايهام ان عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي ايضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بين ما قاله المص في ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم ير ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث فظاهر وان لم يصح به اذ لا شئ يصلح لان يكون علة له سواه ومن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشائخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط واما بلفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من المعقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره ايضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشائخ العظام في هذا المقام ثم اقول في الجواب عما اورده ذلك البعض الظاهر من ما يرد عنه هنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر في علم اصول الدين ان ظهور المحدثات كلها ووجودها من كتم العدم الى الوجود يحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون اصل الصفات ولا نقصان في ذلك اصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هو لوازمه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو ان يكون في ذلك المحدث

قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة من في قوله بمقعد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الرأي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا او لا محالة انهم لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث تعلق استفاضة منه فهو المنهي عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب **قوله** قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد اطبقت كلمة سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند انفسهم اقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة او الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطرق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب وهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار الى هنا كلامه اقول ليس هذا ايضا بصحيح فان مداره العقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا ادعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فينتشي ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لتوجيه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحياة لانه ان كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمى بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى رح ومعنى العادى ما قدم خرابه والمروى عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمى مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التى هى مملوكة لمسلم او ذمى لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسى رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابى حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهى له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما فى الحطب والصيد

فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو لكن الكلام فى هذا المقام لا يليق بشان الامام الربانى محمد وذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اى لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى احد انه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول فى الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما فى المولود من امته فالحق عندى ان قوله لا اب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له اب حاضر فانه لا يجوز لمن كان فى يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا لتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل فى كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشئ لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه فى الرد عليهم ليس بشئ لان ما ذكروا فى ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب وعقيبه كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك فى مواضع شتى **قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة** قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوى انتهى اقول توجيهه الذى ذكره بقوله ولك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى ايضا قال فى الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التى لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال فى القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما فى الكتاب على تفسير المعنى اللغوى تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال حاصل المعنى اللغوى للموات ما لا روح فيه والذى ذكره فى الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى او الشرعى فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا فى معناه اللغوى لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ فى كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوى سيما من قيد ايضا فى قوله فى الصحاح والموات ايضا الارض التى لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكرنا اولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التى لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما فى الكتاب على تعريف المعنى اللغوى يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذى ذكرنا يظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية فى شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع

ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله
الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تجديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بها ينافي قوله لما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه
وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام
مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على
اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الملك
لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب
قوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول
كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولاية ان ياذن للغازي
بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا
لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث
يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه خص منه
الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما
الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض بما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل والضياع
والركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون
ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول
اذ يصير العام الذي خص منه البعض به ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم
اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام ح منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول
ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض
مطلقا مما يحتاج عنها الى راي الامام اول المسئلة لم يقل به الامام في الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدي الى المصادرة فان قيل انما يؤدي
الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى آخره قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده
والكلام الآن في تمشية دليله النقلي فبالمصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله**
ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان
المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء
بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك
الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع
الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة
والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس
لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام
والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها
حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا
بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم
بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا
في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب

قوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الآخر تحكم بحيث لم يسمع ذلك من ائمة الشرع **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشائخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا احياه انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للمتحجر حق بعد ثلث سنين نفي الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلث سنين ومدارها اورده على ان استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المذكور **قوله** لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى ان ياخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليد لذلك قلت نعم يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع ان اسلوب تحريره يابى ذلك كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هؤلاء الثلثة من الشراح في فهم مراد المص

لان في الاراضي رخوة فيتحول الماء الى ما حفر دونها وفيها وان كانت لها فرعهما ستون ذراعا وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت ولما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه وفيما ذكرناه من حريم الخمسمائة لا يمتنع لا تنازع وقد يتفق فيه وكذا قد يتعذر مع طول البئر ... قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول **قال** فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاول للاول ان يكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل له ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والاولى لابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام ان كان لا يملكه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث ملك غيره

بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرط ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى او بصيغة قوله على ما بيناه ح ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة فيحسن واما على ما ذكره هولاء الشراح فيصير المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة اما اولا فلانه كان ينبغي اذ ذاك ان يقدم قوله على ما بيناه على قوله او دلالة كما لا يشتبه على ذوي فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم ح ان تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها ايضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له **قوله** لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها اقول كان الظاهر ان يقال فيتحول الماء بالفاء ولان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من اداة التفريع ثم اقول لقائل ان يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بيرا فله حريمها اربعون ذراعا ظاهر في كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على ان يكون من كل جانب عشرة اذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول ان التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكر على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير والضرر لا يندفع عنه بعشرة اذرع من كل جانب فلا بد من اربعين من كل جانب دفعا للحرج وهو مدفوع بالنص فكان التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي الى الحرج ويرشدك اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البير الاول لكيلا يحفر احد في حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجئ آخر فيحفر بيرا اخرى لقربه ويتحول ماء البير الاولى اليه فتتعطل عليه منفعة بيره وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر **قوله** ولنا ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما رويناه قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا وبقوله من غير فصل اي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بيرا فله حولها اربعون ذراعا وبقوله اولى عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها اقول هذا الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح ههنا منقوض بما اذا كانت البير عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سياتي مع ان ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا لا يفصل ذلك ايضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي ان يكون حريمها ايضا اربعين ذراعا عنده فليتامل في الفرق **قوله** ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعني ان الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا

وان حفر الثاني بئرا ولم يحفر الاول فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه لانه غير متعد [illegible] والثاني الحريم [illegible]
وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم [illegible]
عين فوارة [illegible]
من كل جانب [illegible] **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات
اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في يد احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام **قال** ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك
وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا
بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه [illegible]
وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيها اشد لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتحققت الحاجة [illegible] وجه البناء ان
باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسألة
مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يد احدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء
في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع له والمانع من نقضه تعلق
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزق بها وليست المسناة
في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليها غرس ولا طين ملقى فينكشف
بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليها ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليها غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا

لان العام تقييد والخاص بيّنة فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان
اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم
وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان العبارة من النص ترجح على الاشارة عند
التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل فيجب ان يعمل به ويترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد تلقته الامة بالقبول
في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية
والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الآخر لما تم قوله
النص وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس
انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح
وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل
السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه
وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد **قوله** ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت
الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالناقة فكيف يتم ان
يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما
قوله وقيل ان التقدير في العين بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول
اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي اصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص
فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتعيين الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع **قوله** وما عطب في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة
فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا مانعا وبمجرد التحجير لا يصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في
ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر
الامام ان ياخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة
ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا **قوله** وله انه شبيه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة
قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع
من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء الطين انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح بسديد لان الاشارة

ثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر ... قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ...

فصل في مسائل الشرب

[illegible]

الى ما ذكره انما يتصور ان لو كان المراد باستوائهما تحوله صورة لاستوائهما في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء الحسي ولا يذهب على ذي مسكة ان المراد بذلك انما هو الاستواء الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بمعنى الاول قد تحقق بين النهر والحريم ايضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر **قوله** وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لما لم يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدم بل لا يبعد ان يدعى العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به وكيف يخفى على مثل ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب ان احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعليق بينهما من جهة احتياج احدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه **قوله** الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا والاية لو عمل بها يلزم ابطال الكتاب اذ قوله هو الذي خلق لكم ما في الارض فان العمل على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة ونحوها ... وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر بانهم حكموا بان الماء المحرز في الاواني ملكا لاحد وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ما احرز في الاواني كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز التزام الشركة في الاموال كلها فكذا معنى الاية والله اعلم خلق لكل واحد

فصل في كري الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد لم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفعة من الكري شيء لانهم لا يحصون **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**

منكم ما وقع في بيه لاكل الاشياء وما نحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما انتهى

فصل في كري الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها لكن لما كانت مؤنة الكري امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان المص لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكري بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المص فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد بدون مؤنة الكري على اهله لا انه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المص فيما بعد واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه المص لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا ايضا اذ لا يلزم ح ان يوجد النهر بدون مؤنة الكري مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكري امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المص فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكري لان المقصود هو الماء انتهى فتامل **قوله** وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين المزيوجي الى ههنا كلامه واقتفى اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء رجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان تكون الهمزة ههنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب ابعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض ادخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى ابعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ ماله ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحا به ولو تم ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ارجعته بمعنى رجعته اولى واحسن من قياسه على اباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد منهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى

قوله وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب بجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان يتحقق المشروط بدون ان يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك فيما يدعيه اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم ان ارادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى ان له شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان ارادوا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شربا في هذا النهر ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى ان له شرب يوم من الشهر او من السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى **قوله** فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه او لم يكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ لا يكون

وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه اولى ثم يسوقه الى الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشركاء في النهر الخاص وفيه كوى بينهم ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخرين وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضمه الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها ماء فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

عدم الجريان ح مندرجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم يكن اشجاره في طرفي النهر فان كون اشجاره في طرفي النهر علامة ان يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة ان يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او انه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز ان يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المص فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على ان يكون قولهما بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وان يكون قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم كلمة او في قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر فانها لاحد الامرين فيلزم بان يكون معنى كلام المص فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احدهما ووجدت اخراهما لا تجب عليه البينة ولهذا قال المص ولم يكن جاريا بكلمة او اشارة الى انتفائهما معا قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ذكر المص في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ان الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة اقول ليس ذاك بشيء اذ ان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوي وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى ارضه في نوبته ذكر الامام علي البزدوي ان غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل انه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل اتلف شرب رجل بان يسقي ارضه بشرب غيره قال الامام البزدوي ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وافصح عنه صاحب الكافي ايضا ههنا حيث قال حتى لو اتلف شرب انسان بان يسقي ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان افتى فخر الاسلام انه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء بيان مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعلة الارض فان كلا منهما يخرج منها اما بالواسطة او بدونها انتهى اقول لعل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

…اطلقوا السابقة والصواب ان مراده بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما يشتق من ذلك المصدر وبه في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك وبهذا المعنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما بال حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل فلا حرم علينا ابتداء والداعي المذكور موجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اوذاك واما التدريج النصارى لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب واما في وجهه الثاني فلان نفرتهم بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاجتناب عنها باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام ليبين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرضوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها اقول سمى هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر بعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن افعال المكلفين فصرح ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى هنا كلامه اقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

قلنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال او مبني على حذف المضاف اي حرم اكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف واما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا ان كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره احد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة ويستشهد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان اراد ان الحرمة ههنا وصف للاعيان مجازا لا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي ان يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان اولى واحسن بلا ريب فكان الذي ينبغي ان يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يرى كون الفقه باحثا عن افعال المكلفين بلا كلفة ان يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيه المذكور ليس بتام على كل حال **قوله** احدها في بيان ماهيتها وقع في بعض النسخ ماهيتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان الماهية بمعنى الماهية وهو ما به الشيء هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة مائيتها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهو للنيّ من ماء العنب تبصر تفقه **قوله** ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه اقول لمانع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص التي من ماء العنب اذا صار مسكرا الا يرى انه قال في قاموس اللغة الخمرة ما اسكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في ان الخمر عند بعض اهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وان العموم اصح عند صاحب القاموس **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية قال صاحب غاية البيان بيانه ان النيّ المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى اقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيّ المسكر من ماء العنب ظنية واختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس ببعيد اذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات ان غير النيّ المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي النيّ من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيّ من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيّ من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون

وانما سمي خمر التمر بذلك لان النجم مشتق من النجوم ... العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم
وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيّ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات
الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على
المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيّ من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف
العلماء في غير النيّ من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني
غير صحيح لارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النيّ من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته
قطعية لم يرد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيّ من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر
فتكون قطعية وما هو الدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع
يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يعرف
تحريمها الا الى عين تثبت تلك العين قطعا وغير النيّ ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد
في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل ارادا به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير لو طبخ حتى
يذهب اقل من ثلثه بعد بيان انه حرام عند مالك والاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله
انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا وتأتي فيه خلاف الاوزاعي ثم ان لبعض الفضلاء طعنا في هذا التعليل
المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيّ اي انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية
وحرمة بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيّ من ماء العنب لا ينافي
توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب كما سيأتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه
الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما يثبت بهذه
الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيّ من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النيّ خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها
لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا
عندنا الكيل مع الجنس او الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا
لا يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته ثم فتكون حرمة الربوا قطعية تصير حجة
على الشافعي هناك ايضا مثل ما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا قوله وانما سمي خمر التمر خمرا لا لمخامرة العقل قال بعض الفضلاء ولكن ان
نقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا النجم اي لتشدده وقوته
وهذا المعنى لم يوجد في غير النيّ من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا او يشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثانى اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول ابى حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذاك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود فى كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال فى شرح كلام المص هذا وقوله وانما سمى يعنى غير النئ من ماء العنب خمرا لتخمره اى لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمى خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ ح لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المص فيما بعد على ان ما ذكرتم لا ينافى كون الاسم خاصا فيه ولعمرى ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير فى قوله يعنى غير النئ على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر فى قوله اى لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضى ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير النئ من ماء العنب والصواب فى شرح هذا المقام ان يقال يعنى انما سمى النئ من ماء العنب خمرا لتخمره اى لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود فى غيره فلم يكن خمرا لا باعتبار مخامرته العقل اى ليست التسمية لمخامرته العقل اى سترة العقل حتى يوجد وجه التسمية فى غير النئ من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فح ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح فى تفسير قول المص لتخمره اى لصيرورته خمرا اقول هذا التفسير خال عن التحصيل عود الى تعليل الشئ بنفسه كما يشهد به التامل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العينى اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله فى فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر فى موضعه والظاهر ان مراد المص رح بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ فى مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا فى مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد غلبته وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الادبية فكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف فى قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل ترشد قوله والثانى اريد به بيان الحكم قال فى غاية البيان والعناية يعنى اذا اسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم فى قوله والثانى اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر فى موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور فى ذينك الشرحين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق فى غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابى حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان المسكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء

وابي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما يجي في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد به بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها اجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية **قوله** لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت له مصادرة على المطلوب لان المدعى ههنا ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد لان الامام ابا حنيفة رحمه الله بل القول باشتراط القذف بالزبد مع التعليل مدعاهما ثبوت هذا الاسم بالاشتداد نفسه قوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح الكاكي قول المص ههنا بما يظهر في المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم هو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى ولا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل **قوله** ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع اقول لقائل ان يقول الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر ... يشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب وتحقيقه ان قيل الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع ... فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان يترتب عليها احكام الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب تدبر **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول ما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا بشيء لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدي الى التعليل بالاخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئا ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء اخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر بهذه العبارة تبصر تفهم **قوله** والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشراح وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا فلما حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمتها عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشا الثالث فحرمة ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى ...

والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاظهر انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرع غير ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم اقول الحق عندي ههنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها الا ان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار واما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها وان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا راجعا عنه بالاصالة وان فما معنى الحوالة على تلك الدلالة المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اه لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى تامل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين اظهر مما مر آنفا تدبر **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنيء قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المصنف واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنيء من ماء العنب اذا اسكر **قوله** والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب

واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره ولهذا اجمل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن ان يكون اوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المصنف ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل منهما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف والاحاديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصر الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا منها بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون التمام تمام قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة ايضا فلا نسلم انه لو كان منصوبا لقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب ولم يقل انتهى وقال جمهور الشراح وفي ذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجيء انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة ره خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف ره انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ره ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد ره انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف ره يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة ره وقوله الاول مثل قول محمد ره ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة ره يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف ره رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تقييد التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال عامة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى باردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المصنف صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا بعند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما او الخمر وتتركون ما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتأمل **قوله** الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا يرى ان السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء **قال** ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه ولانها من شعب جوانب هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى **قوله** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مما لا يشربه او يشرب مما كان حراما كذا في الكافي والشروح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا تدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر رضي الله عنهما في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكارة الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التاثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد سقي ابن عمر ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على ان لا يسقيه اياها واما تاثيرها في الشارب بعد ان شرب ما يحل شربه الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه مهما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تامل تفهم **قوله** وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا يرى ان نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون حال نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة لظهور نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى **قوله** وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسئلة مرة اثنا بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد وما قبله توطئة نعم يتجه ان لو ذكر ايضا هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا يجب الحد بالسكر منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعا

نافع

قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

القليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران وبدونه وعلى الوجه الثاني انه لو كان مراد المص ما يستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يقال لما رويناه كما هو عادة المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة **قوله** قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا انما خالفهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا سكر منه واما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما فمن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى **قوله** وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله ههنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احديهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف على حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ومن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلثة المحرمة عند ائمتنا اجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولنا قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام اقرب عند احد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قول المص ههنا وفيه انه كره ذلك الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تامل **قوله ولنا قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب** قال في النهاية ولنا ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى اقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عند ائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الآية المذبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى **قوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة** اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي ايضا حل الاشربة المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل **قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا** فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بالتقدم لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما الى هنا ذكره جمهور الشراح ههنا ورد صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة ان كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان اراد بذلك ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا ههنا اذ لا تنكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما تنكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كما انه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا بشيء فضلا عن ان يكون اولى

كان المطلوب يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثاه ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رح وفي رواية يطبخ حتى يذهب ثلثاه وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف رح يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته **قال** واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا

اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اي المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا وانما يمشي ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشيء لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه وما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس ما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يفيد نا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تقف **قوله** انما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عندنا حرام غير معلول بشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا ان يقال انما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بينا قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولعله اكتفى بمعارضته ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابي حنيفة وابي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضته ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى **قوله** لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب قال الشراح اي على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم اي على القطع والثبات تقييد المنفي في قول المص فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى ان ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والثبات ههنا مطلقا

قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابته النار ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير

ان ذهابها القطعي لم يثبت لان عدم ذهابها قطعي فما لم يثبت ذهابها على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منهما بان يذهب الماء او الالطافة قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منها ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين انظر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيها بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن الخمرية الحقه بالاشربة تعليلا لانقلابه هو حلال على جلة وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة اقول فيه خلل وهو ان جعل العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز الغاء بعض منها وهو الذاهب زبدا اي جعله في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاولى في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان كان تاويه هيان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصير والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلا حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار وليس آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

وعصير تصب في قدر ثم تطبخ فتغلي وتقذف بالزبد فيجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذ منه وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا لا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى ههنا لفظه **قوله** وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل قلت فيه ايهام لطيف لكتابته المسمى احدهما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الادمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان موضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع انه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا النبيذ فقليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تاخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تناف لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها **قوله** الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا للاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الادمي باصل الخلقة ماكولا كان او غيره كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا حيث قال كذا في النهاية عازيا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من تلك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل الاكل كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه او لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان تقتله الكلب جميعا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه لجواز ان تقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه فح لا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الآخر ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يسم بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وما صار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما ذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد والاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه الة مجهزة فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نسلم ان مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلم من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معا لكن بالنظر الى ادلة رواية الجامع الصغير التي فيه كثير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا باس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه المصنف بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذئب فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا شك ان مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المذكور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتضي للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول بما يلزم من ان لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي ولو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى ان تعيين معنى الآية او رجحان احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت الحمل وله انه اية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلابد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولابد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي بعض قال صاحب العناية واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل اخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي التاويل الاخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تخرج من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الاية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى ودل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدي ويبينه لقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المص وهو ان المدعى جواز الاصطياد بكل ذي علمة من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما في المدعى ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الاية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الاية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف ولان آية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه تارك مالوفه وهو الاكل والاستلاب قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر آنفا والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية والمراد في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي لا يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكره في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلا جنسا واحدا وكان اكثر ما يستعمل منها في الصيد اعرض عما عدا ان في طبع غيره الالف ايضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني ادير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازي

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا **قال** فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمه في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما اجزناه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

لا يكون جعل انواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم اذ ذاك ان يحمل على المتوحش ما يحمل على الالوف وهو عسير لا محالة ثم اقول بقي شيء في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة المعتبرات ان شمس الائمة السرخسي قال نقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه وعد منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول هو ان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتامل **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية فاقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي الى هنا كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المص من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا معنيي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ بالمتيقن اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما فاي منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا التاويلين يرادان من لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه ان مراده هو الثاني قال في تفسير قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة في الكواسب او مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك ان مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم ان يكون الشيء اخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان احدهما اخص من الاخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد **قوله** وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من
الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي
والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال
ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت
ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة
الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما
اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رد الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة
وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره يرد عليه ان حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الكلب
ولا يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد
لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله
وان اكل منه البازي اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رض انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح اجيب
بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يؤكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا في العناية
اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم يأكل منه الكلب لا يدل على عدم اباحة
اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى
فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يتمال الخصيص بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده
وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا يتحقق حكم
التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السوال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض لحديث عدي وحديث عدي مرجح على
حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض مع جهل
تاريخه فوجب العمل بحديث عدي دون حديث ابي ثعلبة **قوله** ولا بما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بينا في الابتداء
قال صاحب العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ اقول في تفسير مراد المص بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المص بقوله
يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره روايتين لا غير رواية عن ابي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم
حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده فما ذهب اليه الشارح المذكور والصواب
ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بينا في الابتداء هو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما
وهو رواية عن ابي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسالة فتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس يدل على
الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى اقول الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه لو تم
لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار
كما اذا افترس شاة قال صاحب العناية وطولب في الفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد
كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح لم يؤكل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه ولم يذكه وان كان لا يتمكن من ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب

وانتهار شر منه ومن لحمه آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل ان ياخذه كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه اقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها انتقاض ما ذكره المص في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان في تلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المص في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المص في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال ثم وجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ان قتله قبل ان ياخذ الصائد حيث لا يوكل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يوكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا اي في مسئلة الوثبة لما لم يوكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه ثم امساكه على صاحبه وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان ياخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم اقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المص تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش غير محرز فبقتله زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان ياخذه الصائد تأمل ترشد وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم الى آخره قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره و قوله وكذا البازي والسهم زيادة من المص فاقول هذه الزيادة من المص ههنا امر لا يستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه واما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا الا يرى الى قوله هناك اذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات وان ادركه حيا ذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا **قوله** وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما اقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحل اكل ما شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح ونحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله

ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدًا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخًا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوًا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لا فرق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهتها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهتها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديدا عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقد مر وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الادمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالادمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لما قال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وهو حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة الحلواني رحمه الله في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا إذا كان الطير مجروحا فإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء **قال** وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وإن جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه **قال** ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذا إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم

الموثوق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى **قوله** وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشرح والكافي أنه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق **قوله** وإن وقع على الأرض ابتداء أكل قال في الغاية آخذا من النهاية يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا إذ الظاهر أن الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض ولهذا جعل المصنف الأول قسيما للثاني فيما سيجيء وعد الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وقع على الأرض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء **قوله** وإن لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس وأن الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وأن في كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل المجروح بالرمي بدون الإدماء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب

وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لابد من الادماء وبذلوح شاقا ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه وآلة اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم ينفصل ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولابد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل **قال** والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يغرمه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا

بان معنى هذا التعليل ان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم ولا يمكن اخراجه ففي اعتباره الا ما حرج فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح تامل **قوله** وعند بعضهم

يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار اقول للمانع ان يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة

عند بعضهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال هذا ضعيف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج ايضا في ذكاة الاضطرار للمحنة عند واوجب الجرح في اشتراطه وهذا تغير

في الانهار اولا يعجز عن الجرح بل اوريب ثم ان الجرح الاينفك عنه الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على انه قد البعض فافتر قا **قوله** ولنا قوله

عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة قال الشراح يعني انه ذكر الحي

مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي ابين من الحي حقيقة وحكما اقول المقدمة

القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل سائغة في السنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في علم الاصول من ان حكم

المطلق ان يجري على اطلاقه فتامل في التوفيق **قوله** قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال

يجوز ان يسلم الصيد منه الى آخره اقول لقائل ان يقول تاويل المسألة ههنا بما ذكره بعد ان اولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان

الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسألة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وان

كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المصنف قوله لم يؤكل

بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان

الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع ايضا

واذا علم ان الرمي الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل الثاني ثم اقول في الجواب

ان كون الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد انما يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني

وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتاويل الثاني التقييد

بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او

لا يدري ولا يفيد التاويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة

ان يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول

الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان

الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر ما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا

استدراك اصلا بل اصاب كل من التاويلين محزه

الانتصار لما قد يتوهم في ذكاة الاوداج

قوله على الاصلاح

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه فاما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ما كانت مضمونة فلهذا يضمنه ثانيا واما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره وتصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم شعر

صيد الملوك ارانب وثعالب ٭ واذا ركبت فصيدي الابطال

ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تقريب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فليتحقق ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الدائن والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء بتعاطيه واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل شرعه وحكمه فسيجئ كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صريحا واشارة فنذكره في مواضع ان شاء الله تعالى قوله الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وقال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن بقسميه اللازم والاولى لانعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه لم يقبض المرتهن بل قبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ في التعريف المذكور في كتاب الرهن انما هو معنى الحبس لا لزومه فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه لا يدري قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا القول منقوض بعقد التبرعات وقال الا ان يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس لشيء من ايراده وتوجيهه مستقيم اما الاول فلان من المشايخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقد التبرعات ايضا واختلاف المشايخ في ان القبول هو ركن كالايجاب ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على اصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولنا انه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بنى على اصل هؤلاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع قال صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو نص القدوري على الصغرى بما سوى المتبرع صار المعنى لانه اي الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل اطلق كلامه على انه عقد تبرع فلا صحت للتخصيص بما سوى الشرع قالوا الركن بمجرد الايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلما ان الراهن لم يستوجب فاذا ما ثبت للمرتهن من السيد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه بصيرورته مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا الدين عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا الدين عند هلاك الرهن في يده معنى لا يتم بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا الدين حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجئ تفصيله فليتامل قوله والقبض شرط اللزوم على ما نبينه قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا ويلزم به وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد رحمه الله لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الا غير المقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا متجوزا وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلوة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة اذ لا مجال لحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والا لم يستقيم اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو مقتضى الاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز على حاله قوله ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فاضربوا وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرروا وفي قوله تعالى فعدة من ايام اخر بتقدير عمومه فعدة من ايام اخر اي فليتم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلوناه ههنا ايضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر فلم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب اللزوم في حق نفس الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل بالامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة

لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح

فكذا ههنا هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من المشائخ استشكلوا في كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال هكذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولئن صح ان يحمل على الكتاب بقوله لتقريره فرهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لو كان مصدرا يعني قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم انث المرهون بتاويل السلعة او الديون فقيل مقبوضة بالتانيث كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة لكان وجها بعيدا في الاول ورود لا اساس او الثاني لا يبقى المصدر بحقيقته والله اعلم الى ههنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان ونقل عنه صاحب العناية الرهان مصدر كالمكاتبة وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهن ورهان ورهن بضمتين ... ايضا جمع الرهان نعم الرهان يجئ مصدرا من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لما احتيج في صفة الرهان الى تاء التانيث انتهى الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال في المصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفي النهاية في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع لا مصدر وقال وفي الفوائد المنافعة يجوز ان يكون الرهان مصدر رهن من باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة المحذوف وهو رهان مرهونة مقبوضة وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول اي المرهون بما ذكرنا ويجوز ان يكون الرهان قائم مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدر التقدير لا تحقيقا الى هنا كلامه واما صاحب النهاية فقال لما استشكلوا من ههنا وتعجب منه حيث قال قيل ان النص جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه انه لا يتعين منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم انتهى اقول منشا المجازفة في هذه الفنون مما ذكر في كتب اللغة وكتب التفاسير لان كون الرهان جمع رهن امر قرروه واما كونه جمع رهن وكونه بمعنى المصدر فكانه هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب الرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما اخذ منك الجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحصل جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى المرهون كما حمل عنه وبهذا يستدل بتلك الآية على خلاف

قال فاذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله **قال** واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضموناً بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتباراً بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكاً له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تتعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره

ان الذي

ما هو الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز في الفعل الآدمي وذهب اليه ههنا بسبيل منعم عجيب جداً فان المنعم اسم مفعول استعمالا لقائل كما عرف في موضعه وليس ما اسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل ههنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التي ذكرت في سائر الشروح الصحيح ما في الكتاب كلها الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن جنبنا ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاء وفا كما في قوله تعالى فعدة من ايام آخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر ترشد تامل

قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء انه منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية كفاية التخلية فيها وكونه مختاراً المصنف انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يداً بيد كما في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية قولنا فيه بموجب القياس **قوله** وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوساً في يد المرتهن بلا استيجاب دين عليه بمقابلة و ذلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن به مستوفياً للدين كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه حظ المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن محوزاً مفرغاً متميزاً تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يعني بيانه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن محوزاً مفرغاً متميزاً فيجب ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ان لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات لان الرهن مبني على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللغة يدل على ابناء الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السوال والجواب في الاصل للمباح الشريعة لكن الجواب ليتم لان قوله اذ لو لم يكن موجباً لذلك دام ينفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضاً لدوامه لزم من نفي

[illegible]

ذلك ودوامه سواء كان ما يوجب دوامه لنفسه او امرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معلوما نحن فيه كذلك اذ لا شك ان انفكاك الرهن

ينافي ويناقض دوامه فيلزم من تعديه تحقيق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجب لنفسه بل كان بجهة خارجي فلم يثبت في بيت المزبور انبا اللفظ

الرهن لنفسه عن الحبس الدائم بل جاز ان يكون انضمام ذلك من نفي انفكاكه تامل تفهم **قوله** واذا كان كذلك تثبت الاستيفا من وجه وقد تقرر

بالهلاك فلو استوفاه ثانيا مودي الى الربو العيني اذا ثبت ان الرهن يدل على اليد والحبس تثبت الاستيفا من وجه لان الاستيفا انما

يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانقطاع احتمال النقض فلم لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد

وهو الربوا كذا في الكفاية وغيرها اقول لقائل ان يقول نعم لو استوفاه ثانيا ادى الى الربا لكن اذا لم يستوفه ثانيا [illegible] الى ضياع بعض حقه

وهو استيفاء الرقبة والثاني الى ضياع حق المسلم محذور شرعي ايضا فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور الى اختيار محذور الربا فتامل في الدفع **قوله**

ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين يعني يرد على هذا اللفظ اي على لفظ القدوري وهو

قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان بانفسها اي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله

عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشرا ونحوها فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها

واجاب المص عن هذا الاشكال بقوله ويمكن ان يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير ان صاحب غاية البيان بعد ان وافق سائر

الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلنا لا يرد على القدوري الاعتراض راسا لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة

بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر هنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين واكتفى به هنا اعتمادا على ذكره

في موضع آخر الى هنا لفظه اقول لا ينبغي لمن له ادنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح ان يقول ان القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن

بالاعيان المضمونة بانفسها بعد ان اي ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من اداة قصر الصحة على الرهن بالدين

وهي النفي والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور ان لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه

ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له محل وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره

وقد تدارك المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ واحتمل القصر الواقع في لفظ المختصر على القصر الاضافي بمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان تخصيص

الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فاطلتك بدلالة اداة القصر على ذلك **قوله** ولهذا تصح الكفالة

بها قال في العناية واعترض بان صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب له على فلان فعلي دون الرهن

واجيب بان قوله فاذا ساالك اضافة الكفالة لا الكفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سببه وجوبه او دينا انعقد

ذلك فان كان الاول فليس كالمنافيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى اقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة و

لهما وجه صحة واما قوله ويصح ان يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له

لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل، لان الذي يتولى قبض
الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك
ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة
على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد
من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان
يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه
العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن
ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع
المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشيء لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في نحو
المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك
بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به
على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه
تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلي اضافة الكفالة الى ذلك الدين
لا عقد كفالة به منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول
هذا التنوير لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب
الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول ائمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليت شعري
لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر شائع
واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو والا يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما ولم ارى
ههنا واحد من القيمة والدين وهو الاقل انتهى لا اشتباه ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث
قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة
ههنا معرفة لا نفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من
التبعيض بينهما ان المعرفة والنكرة لا يتغايران لان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متغايران فلا يتغايران والا لكون
المبهم بعضا من المعين محالا لاستحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل الا يرى ان قولنا واحد منهما او جزء منهما او بعض منهما يكون كذا فانه صحيح تام
وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم
التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يمشي فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يمشي فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرف
المنكر مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمة ودين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا
وذكر بعض الفضلاء وجها اخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة
ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف من ضيعة كتب التحريم قال وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا
ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز
استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى السر واخفى وقوله تعالى والله اكبر وفيما نحن فيه
لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية اذ كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع

قال [illegible] حتى يستوفي البقية اعتبارا [illegible] ... استيفاء [illegible] ... ثم [illegible] ليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن [illegible] لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي **قال** وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومعالجة الجراحات والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة قال ابو حنيفة رحمه الله لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله اعلم

لانه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن اين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا بهذه بحيث جاز تركها ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل المستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية **قوله** لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين قال صاحب [illegible] فيه بحث فان المنع بالبيع هو رهن غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا على رهن الدين انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان ما دامه بتعليله المذكور ليس اثبات الحكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المزبور بل مراده به بيان ان حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن العين بالبيع بامر الراهن لان الاصل كان بهذا الحال لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصر الدين الرهنية بهذا الحال فكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا فقوله فكان الراهن رهنه وهو دين اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل متفطن قد صرح به اكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا انتهى **قوله** فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده ومن غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت به الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الاداء يرد ما استوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الراهن عقد استيفاء باليد وبالحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر مستندا الى وقت القبض والقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء فليس فيه استيفاء حتى يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى اقول في خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله اسقاط الدين ممن ليس عليه فهو لغو من الكلام ههنا لان الابراء في مادة النقض من الراهن ولا شك ان الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده ان يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بالعقد الراهن وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء متقدما على الابراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت ابراء المرتهن لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط الدين عمن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت يد الاستيفاء له بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا [illegible] مع انه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز وكتابته جعلناه مما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع عند الشافعي تعينه للبيع وهو يتحقق في المشاع ولانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيفاء وهذا لا يتأتى فيما ذكر الا ترى انه لو جاز في المشاع لفات الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فيها غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الذي يثبته وهو ان يكون في يده يوما وفي يد الراهن بحكم الملك يوما فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الظاهر ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه يستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما اعتبر القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ويستوي فيه الجنس وغيره في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن الارض والنخيل دون ما فيها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان الشجر اسم للنابت فيكون استتباعه المواضع بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان حينئذ مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

احدهما الابرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين وكذلك اذا ابراء عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشيء يقرره وينهيه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهلاك الدين يصير مستوفيا فتبين انه استوفى مرتين فيلزم رد احدهما واما في الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد الجنسين الى هنا لفظ الشهادة وسيجيء من المص في اخر كتاب الرهن ما نطق بذلك في الفرق بين تلك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الدين قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الجنس لاحتمال ان يستحق المودى وحينئذ يظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الجنس انتهى اورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى اقول الحق في الجواب عن اصل السؤال عمن يقول الدين لا يسقط بالقضاء كما لا يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب لتعذر الاستيفاء كما صرح به المص في آخر كتاب الرهن اثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن والراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضائه ومثله يبقى حكم الرهن ايضا فان لم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى ان يسلم الى الراهن تأمل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قوله** ولا يجوز رهن المتاع **قال** صاحب العناية رهن المتاع القابل للقيمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه اقول بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط الجواز حشو مفسد اذ الظاهر انه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك ان ما نحن فيه وهو رهن المتاع ليس مما لم يكن الرهن ومما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المتاع مما لم يكن الرهن مالا ومما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المتاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي ان لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضمونا ايضا كما لا يخفى ثم لا شك انه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك امر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن او شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء ان قوله بناء على ان القبض الى آخره علة لقوله لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني ان الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكرنا بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح

[illegible]

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح لانه مع كون النقض بقوله ما نحن فيه ليس كذالك مما يابى جدا كون قوله بناء على ان القبض الى آخره ان التسليمة ذلك لا يصح بناء على ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فلو كان مشروطا لجواز لم يصير ممنوع فانه مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انما ذلك فيما اذا لا يعقد العقد لصفة الفساد ايضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون للقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن لوحيف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والقابل به مضمونا فبقي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد لبعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد ولكن لصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فتدبر انتهى **قوله** والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقايل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريب اذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع وعدم لزومه فتامل في الدفع **قوله** او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه قال صاحب العناية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره انتهى واقتفى اثره في قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع متسارعا الى قضاء الدين لحاجته او لضجره اقول فيه نظر علل المص فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا من الانتفاع فيتسارع الدين لحاجته او لضجره انتهى فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المص ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك والعجب من صاحب العناية انه قال في شرح قول المص وكل ذلك يتعلق بالدوام اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاستيثاق لما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به المص فيما قبل تبصر **قوله** بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المص حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمته وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوي الرهن

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلاف ذلك وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قال والاصل فيه ان الاب والوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه الدين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا

الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو
ما سمى له من القرض يتمشى ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان
هذا اذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض او كانت قيمته اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن
اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكر ههنا حيث قال يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق
جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين او اكثر من ذلك قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال
جمهور الشراح يريد به قوله ان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون
بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في مسئلة الاولى كان بدل طعام السلم فيه مع انه كهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون
الثمن والصواب ان مراد المص بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو
الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى
تامل تفهم قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه قال صاحب العناية اي كما ان الاب والوصي يضمنان اذا لو سلطا المرتهن على بيعه فباعه
انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المص في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب ان مراد المص هناك
ان الاب والوصي كما لا يخفى لهما ان يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما ان سلطا المرتهن بيع ذلك العبد فينتظم
التعليل المذكور وينظر وجه ترك المص قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده كما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر
ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد على ذلك القيد شيئا اخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن
اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان للصبي شيئا لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله ثمن لمن
يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا بالاب قلت قوله الحاقا بالاب علة للنفي دون المنفي تامل تقف قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه ورهنهما
للدين على الصغير وعلى هذا المعنى راى جمهور الشراح ههنا اقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المص فيما قبل انه رهن
الاب متاع الصغير لدين على نفسه او لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي ايضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب سباق كلامه وايضا قال المص فيما بعد
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولا يخفى ان هذا العطف والتنبيه يقتضي ان يكون قوله ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فيندرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى لليتيم التجارة تثميرا لمال اليتيم [illegible]

[illegible]

صاحب العناية حيث قال اراد بهما عن الاب متاع الصغير بدين لنفسه وبدين الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه المص قوله لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس انتهى اقول في هذا الكلية منع ظاهر الا يرى ان انسانا او فرسا يطيق تحمل كل واحد من اجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من احاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا وفي هذه الامور الخارجية اما وفي الاحكام الشرعية فكما ان انه يجوز للرجل ان يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح او بملك يمين ولا يجوز له ان يجمعهما معا في الجماع بشيء من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتامل ان تعليل المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد ايضا في اثبات المدعى ههنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل بان قال اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين سائر ما يجوز الجمع بينهما اقول هذا التقييد يخل بالمقام لما لو فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه اول المسئلة اذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد ان ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما واما ثانيا فلانه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز ان يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع كما في الامور النسبية قوله ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيئا لانه لا يتصور ولهذا الغصب لما انه له ولاية الاخذ ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون اقرارا بالاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا مر لازم له اذ الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب في الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل اليد كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنى الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال في العناية اي برواية الجامع الصغير لاحتياجه الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى ان رواية القدوري ايضا تحتاج الى التفصيل انتهى اقول ان هذا الكلام لغو اذ لا يخفى ان رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيله يحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال رواية القدوري ايضا محتاجة الى ذلك بل مراده ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما ذكره المص في مقدار تمام جانبي الورقة وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فظفى ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله ولا فرق لمحمد رحمه الله قال صاحب العناية اي على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة

[illegible]

بيان قول محمد [illegible] قال [illegible] استحسانا والقياس

ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد

وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب

واقتفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية اقول لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المص بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه المسئلة مع ابي يوسف وذكر الشراح ان بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف اخرا في تلك المسئلة ولا فرق ان الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل ان يقال اي على تقدير ان لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتداة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة المشائخ ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علمت الزيافة فانه سقط دينه ولا شك عليه عند ابي حنيفة وقال ابي يوسف يضمن قيمة ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد اولا قول ابي حنيفة اخرا القول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة المشهورة ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد ان قبض الزيوف الى اخر كلامه تبصر **قوله** فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم العقد لكونه مؤكدا موجبا العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق اخذه في وجه الاستحسان انه شرط ملائم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم الوجوب **قوله** واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شئ وهو ان التعليل بقوله للجهالة فلا عرض فانه تمام المدعى فانه انما يمشي فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله فيما يكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان والجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائب فان معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشئ يساوي عشر حقه او يعطى كفيلا غير مقتنع ليس في ذلك من التوثق بشئ فيبقى الاعتبار بعين الشرط فينعقد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فانكانت معناه مع ان كون الكفيل غير معين ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل يعطي كفيلا غير [illegible] فيما سبق لم وهو قوله في المدعى والكفيل غائب لما ذكرنا انفا

[illegible]

ان غيبة الكفيل عن المجلس لا يقتضي عدم تعينه فيجوز ان يعين المشتري للكفالة رجلا مليا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على ان يعطي كفيلا غير ملي بعد ان يعين مليا للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال بجواز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر قال في العناية اخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى مسألة الاولى من هذه الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض اخر منها فالاولى ان يقال وجه الفصل كون الرهن او المرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى قوله الا ترى انه لو قبل الراهن في احدهما جاز قال صاحب العناية والنهاية حاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما حصة منها بالخيانة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد قبض الثمن لو لم تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالانفكاك انتهى حكم الراهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فيبقى حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامهما الاستدلال على ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك انتهى بدليلين احدهما اني وهو انه لو رهن عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الاخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز وثانيهما لمي وهو ما ذكراه في قولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى اخره والاول منهما مسلم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك ان المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الاصل فلا ينافي اشباه الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير ان يمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصد اثباته ههنا فقوله لما وهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره فاثبت الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الذي في علية الفرق بين بابي البيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الاخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الردي الى الجيد متعارف في البيع لا متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد في ضرورته ضرر للبائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذه ...

[illegible]

حالة الاجمال موجود فلتنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالالف وآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فك الذي قيمته الفان فادى الفا وهو يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا بالفين ورهن فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فلهذا لم يكن فكاك البعض ببعض الدين انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المص صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما تحصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة واما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويان في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع ان جواب مسئلة الاجمال يعم هذه الصورة ايضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال ان يقال ان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان الكلام في كلام العاقد بانحلاله كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها يحتمل تفرق الصفقة وان لم يلتزم التادي الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير ان يحمل عليه في حالة الاجمال ايضا تامل فيه

وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قال صاحب العناية اخذا من النهاية فان قيل منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيها اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما اذا كان العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فيقسم عليهما بالحواله والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة بحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه اقول هذا السؤال والجواب على التقدير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول ابي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها لهما وانما الفرق بينهما على قول ابي حنيفة الا يرى الى ما بين في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لانه حكم الحبس ويثبت لكل واحد كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول ابي يوسف ومحمد اصلا ولا لتوجيه الجواب على قولهما بما ذكر في الجواب المزبور من الفرق كما لا يخفى

قوله وان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية آخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن [illegible] بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه [illegible]

[illegible]

ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما بان مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه زيادة منها القبضين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي فرع عليها قوله فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك ان تلك المقدمة صادقة لو انها تقتضي ان لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد الاستيفاء حقه لان المقصود من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فاوجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة تقلد ارتهان كل واحد منهما مالم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو المقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء احدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر وحينئذ في ذلك المقدمة التي بسطها في اول كلامه فلا يستفيد الجواب المذكور قوله وان اقام الرجلان كل واحد منها البينة انه رهنه عنده الذي في يده وقبضه وهو باطل قال صاحب العناية وهو احد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما اولا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لانه يمكنه من القبض ودليل سبق عنده كما في الشراء وقد تقدم ان تقييم الآخر بينته ان الاول فانه صريح في السبق وهو يفرق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا [illegible] وان كان في ايديهما فان علم الاول منها فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اخذ بالقياس ثم اخذ وجهه ما ذكر في الكتاب انتهى اقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثاني بقوله فان علم الاول منها الى آخره وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو مالم يكن في يد واحد منهما مع ان هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق ايضا وايضا ان اراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المص وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التناقض بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد احدهما فهو المذكور في الكتاب اولا وان اراد بها قول المص ولو مات الراهن والعبد في ايديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه اخذ بالقياس ما اخذ فان قلت انما اخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية قلت قوله المذكور ان يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى قوله يوضع في يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الرهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال او رضينا ببيعه الرهن عند حلول الاجل اقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى قوله وانما يرجع العدل على المالك [illegible] لانه نائب في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقابل به انتهى كلامه اقول ليس هذا الجواب [illegible]

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تنفذ في الثلث وتتوقف على إجازة الورثة في الزيادة على الثلث لتعلق حقهم به فإن أجازه المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق قال ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله وإذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن

ناه إذ الشارح المذكور عند نفسه ليست بشيء فكان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا إذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم بل من بنى أحكام تعليلات المسائل على مذهب لو سلم ذلك فالخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب ما أشار إليه بعض الأعيان بقوله وفيه بحث لأنك قد عرفت أن ما في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل ههنا قال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد أو جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة انتهى أقول إن كان وجه البحث عدم تحقيق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما أي برأي الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا كذلك فهو ممنوع لأنه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ جعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا إلى القاضي وأما إذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في يد غير العدل فأمره هين فإنه لما كان عدم التفاوت بين ما جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الأول وبين أن جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الأول عن الثاني اختصارا.

جعل

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع **قوله** وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف اختلفت عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم بالفعل أو أنه بسبيل مجاز المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع تجوز وتعمية فلا يناسبان أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان **قوله** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ألا يرى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسألة الإعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر **قوله** وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لأن يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والإعتاق لا يفتقر إليهما بدليل نفاذ إعتاق الآبق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال أقول على هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى أقول هذا

ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار وفي العبد المرهون خصها بالإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك والمالك أحق من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هناك في حالة واحدة [illegible] المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع [illegible] رواية عن أبي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس ضعيف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه ولذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلهذا وجبنا السعاية فيهما [illegible] ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عنده [illegible] فيصير بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع [illegible] ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عنده فظاهر وكذا عندهما لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى وإذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما فإن كان الراهن موسرا ضمنهما قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق وإن كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه والمحتبس عنده ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه [illegible] فلا تلزمهما الزيادة ولا يرجعان بما أديا على المولى بعد يساره لأنهما أديا من مال المولى والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين إذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لأنه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما إذا كان حالا لأنه يقضي به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الزيادة كأنه هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك [illegible] ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف

الاعتراض ظاهر السقوط لأنه إنما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفي في بيع الرهن إنما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء الراهن. وبهذا لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على إجازة المرتهن أو قضاء الراهن وبهذا إذا وجد أحدهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي **قوله** وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فإن كان موسرا ضمن قيمتها واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لأن قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضا وقوله فإن كان موسرا ضمن قيمتها ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل الأصل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهو من قوله ولو أقر المولى برهن عبده إلى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر آنفا فإن كان الدين حالا طولب بأداء الدين وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأنه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا وإن أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فإن كان الدين حالا طولب بأداء الدين وإن كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وإن كان الراهن معسرا استسعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا التحقيق فإنه الكلام النفيس **قوله** وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو إن لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى أقول ليس بشيء إشكاله الشيء فإنه ينفصل بقول صاحب الهداية وغيره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر إذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لأنه قبض استيفاء وبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض ألفا انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمسمائة بإتلافه وخمسمائة بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض ألفا لا تأثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو أعار أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا إلى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء فيه نظر إذ لو وقع بيد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الإيداع والرهن أقول الفرق بين الإعارة وبين الوضع في يد العدل مكشوف

[illegible]

في شرح الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرد بها المرتهن شيئا فخليه بينهما قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود الا بعقد مبتدأ قال الشارح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى او لعل الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية باقي الحكم اي كان الايداع من اجنبي بيد عدل ان لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من يضمنا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشارح ههنا فيما اذا اودع احدهما الرهن فيبطله لسابق بالايداع للمنافاة بين يد العارية والدين واما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القرض فيبقى الضمان على حاله

قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على الراهن في اثنا هذه المسألة من متعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين اعسر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المص جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين اعسر الراهن وقع من الكاتب او القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي في هذه المسألة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضاء الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا للمنافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفتكه قبل حلول اجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم حلوله (?) حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك لقضاء دين الراهن جبرانا للمنافات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة ايضا داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى الجبران ومحال الاغلاق في تركيب المص انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا نظير لكلمة عن متعلق الا ان يصار الى تقدير لمنافات جبرانا جعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلقة كلمة عن لفظ نيابة وهذا كما فعله صاحب الكفاية

قوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع الى الراهن بما ادى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا ما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين يرجع بقدر ما يهلك الدين وهو الالف ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو يهلك الدين لم يضمن الراهن

لفظه

نيابة

وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق ولكن [illegible] ان يضمن [illegible] المعتق او ان استرداد لقيمته كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق [illegible] المستعير لان يد كيد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فحصل مقصوده الاتم وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء **قال** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان [illegible] **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها [illegible] **قال** وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر عند ابي حنيفة [illegible] وقالا جنايته على المرتهن معتبرة [illegible] جناية على المالك [illegible] جناية المغصوب على المغصوب منه [illegible] قال المرتهن لا اطلب الجناية [illegible] جناية المستودع [illegible] **قال** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا [illegible] نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء [illegible] نقصان السعر [illegible] لانه بدل المالية [illegible]

للمعير اكثر من ذلك فكذلك اذا فكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل صاحب النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المص لانه يوضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول المص ولهذا يرجع على الراهن بما ادى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا لتلك بهذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق الا يرى انه كلية الكبرى شرط في اشهر الاقيسة واجلها وان كان المدعى جزئيا فمن اين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد تلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا كان باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع الا بقدر قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا او بالاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول ههنا كلام نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المعير باعتبار ايفاء الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي ايضا فلا وجه لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد ان راى الجواب والسؤال مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنه كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان يعد السؤال المذكور رفيا اشكالا من عند نفسه

قوله وان شاء ضمن الغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بماليته وقد اتلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة

قوله [illegible] الوفاقية لانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك واقتفى اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لانفهام لفظ الوجه في تفسير مراد المص بالقول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها هذه العلة المذكورة في الكتاب لان المص اوجل الامر على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى ان علة هذه المسئلة هذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا

قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وخلاصه المشاكلة لانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه واقعا ودافعا انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا كرر ذكر لفظ واريد به في المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فيتعين التغليب لا غير كما لا يخفى **قوله** ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعين لانه لا يؤدي الى الربا

قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا **قال** وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام الآخر مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك سهو لانه شرط صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم الى ههنا لفظ العناية اقول الجامع في بيان صورة المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الصغير والانصاف انها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية او جعلها فيما هو اعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على ما وقع في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان قتله عبد الى اخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا اقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الى آخره عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد **قوله** لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى ههنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان كثير من الشراح منهم صاحب الغاية وقال صاحب الكفاية وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله اي حق ولي الجناية مقدم على [illegible]

فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله فان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية على الرهن اذا قال المرتهن انا افدي فله ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه لو لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن لانه ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وتستبين لتقول بعد ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر آنفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي بالحرى ودين العبد مقدم على دين المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء اقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهد بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد كان نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى **قوله** فان فضل شئ الى آخره اقول فيه شئ وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شئ الى آخره من تفريعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شئ من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شئ الى آخره مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لمجرد التعقيب الذكري كما يستعمل الفاء بهذا المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تأمل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذلك اخره استدراكا لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لشمول التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب الغاية ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا يخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وهنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يخلف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث لان لقائل ان يعود ويقول لو كان تبدل المحل هنا بتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في تلك الصورة وقد قالوا في مسئلة الآبق ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض وان انتقض لا يعود مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل تبدل حكمي كما صرح به صاحب الغاية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل ان يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تاثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تاثير في كون المبيع هالكا والفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وقد اجاب بعض الفضلاء عن السؤال المزبور بوجه آخر حيث قال فيه

[illegible]

بحث لان مال ماذكره ان يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاعزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتامل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي عده اولى ليس بشيء لان مورد السوال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السوال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء لقائل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور الى ان يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما هو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا هو القياس كما افصح عنه تقريره للمصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان و عن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور اعني قوله وهو القياس في تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ائمتنا الثلثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بذلك الاحتراز هو انه لما كان دليل ابي يوسف في الخلافية الاولى هو القياس كما افصح عنه في تقريره جاز ان يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن [illegible] ممنوع لجواز ان يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متاخر عن عقد الرهن في الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متاخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك ان زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا احكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تامل تفهم **قوله** ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في حاشية الشروح اقول ههنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان يثبت للمرتهن بقبض الرهن انما ينتقض بالاستيفاء

كالالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن ولذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد نحو البيع لا في
الرهن حتى لو رهن شيئا بعينه ثم أصابت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية انقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها
خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض فإذا ولدت المرهونة ولدا ثم إن الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد على
ويقبل العبد الزيادة لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها فإن هلكت الأم
قال فإن رهن عبدا يساوي ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول
لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما
فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد
فاستوفى زيوفا فظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من
قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين. ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه
ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة
ولا جهته لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم يبق له ولاية المنع وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الإبراء. ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين
أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه فقائم فإذا هلك يتقرر
الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه استيفاء وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يجب عليه به إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه
دين لأنه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء والله أعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

الدين حقيقة بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فإن انتقض لم يتم قوله فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول إذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب مرة
وإن لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفاء الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوع وتكرر الاستيفاء يؤدي إلى الربا وهو فاسد كما مر آنفا غير مرة ويمكن أن يجاب بأنه لم ينتقض بل بقي
على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتقاض لأن المرتهن إذا هلك الرهن في يده إذا وجب الرد عليه يتحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه كان الاستيفاء ثم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي فلم يتقرر الاستيفاء
الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فساد الربا هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الإشكال وإن كان لا يخلو عن تكلف **قوله** بخلاف الإبراء قال
صاحب العناية بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمه إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والأولى
أن يرجع إلى قوله فيكون الجهة باقية انتهى أقول لا مساغ عندي لأن يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعا إلى قوله ولو استوفى لأن المصنف قال
بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعا
إلى قوله ولو استوفى لزم التكرار الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك والله أعلم

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقيب الرهن لأن كل واحد منهما للوقاية والصيانة فإن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا يرى إلى
قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في
أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فإنها محظورة لأنها عبارة عما ليس للإنسان
فعله انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك أن أحكامها مشروعة
ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم إن الجناية في اللغة اسم لما يجتنبه من الشر أي تكسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه
شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء إلا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف والأول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحياة
والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح **قوله** القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية
وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن الإنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد
القتل أم لا فإن كان فهو عمد وإن لم يكن فهو خطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب الضرب أم لا فإن كان فهو شبه
العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما أن كان جاريا مجرى الخطأ أم لا فإن كان فهو هو وإن لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضا تفسير
كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلأنه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون
بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلأن قوله فإن كان فهو هو تفسير الشيء بنفسه وأما ثالثا فلأن قوله وإن
لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب تام لأن ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل

والمراد ببيان قتل يتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

بخطأ محض ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان **قول** المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة لعد هولاء الاوجه المذكورة ونقض ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد ببيان قتل يتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد بلان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا او رجما او بقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجري مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في انفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر ان مراد المصنف بقوله والمراد ببيان قتل تتعلق الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وتترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة يتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان راسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجري عليه حكم قتل النفس عمدا

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة **قال** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه

القود تأمل **قوله** لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك اقول فيه بحث وهو ان هذا القدر من التعليل لا يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة فى القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم او ضربه بسيف ظنه صيدا فاذا هو آدمى او ظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا فى نوع الخطأ فى القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا فى نوع الخطأ فى الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذى جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة فى التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمى بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد فى نوع الخطأ فى الفعل دون نوع الخطأ فى القصد فان استعمالها فيه ايضا لضرب المقتول لكن الخطأ فى وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمى لا استعمالها لضربه مطلقا وفى نوع الخطأ فى القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من هذه الحيثية امر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجى لم يذكر فى التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب او حجر او ليطة او نار وجه اذ يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفى ذكره بل لما كان لقيد تعمد فى الكتاب ايضا فى قوله ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغى ان يقال ما العمد ما ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح فتدبر **قوله** وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية اقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب قتل العمد المأثم والمسلم يقاد بالذمى عندنا ولا شك ان وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت المأثم فى قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد المأثم فى حق الذمى عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظرا الى التكليف او الدار كما سيأتى تفصيله فان قيل بقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهى ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد فى النار وان ارتكب كبيرة فلم يتم فالظاهر ان المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر فى التفاسير فلا ينافى التعميم مذهب اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية وفى التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا والا لما لزم من استحالة الخلود فى النار **قوله** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه يعنى ان ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص اينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطأ الا انه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اى موجبه قود وكذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ما عداه

ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك **قال** الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عيناً وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجراً وجبراً فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لم لا يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سؤاله ظاهر الورود وينبغي ان يخطر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم ار احداً سوى هذا الشارح حول ذكره واما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز ان سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جواباً عن سوالهم فلا فائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسوال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور تفكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى فقال في تقرير الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال في تقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعاً دون العمدية ايضاً بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب ايضاً يلزم حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا يتحقق حكمة الزجر في غير العمد اصلاً فيجوز ان يجب القصاص في غير العمد ايضاً زجراً عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح او الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم اقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو انه قد تقرر في كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة في علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صحوا انحصار الادلة الشرعية في اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الى آخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الاصول فليتامل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان ياخذها الولي من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعاً للهلاك كذا في الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه يتعين مدفعاً للهلاك شرعاً فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعاً للهلاك شرعاً يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك لتقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعاً باداء المال بحبر واحتمال الهلاك عقلاً بعد اداء ذلك ايضاً فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفهاً والقا نفسه في التهلكة فينبغي ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعاً للهلاك ان يقال بانه تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعدما وجد رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما وجد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحدة فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم من القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند خصمنا فلا تضييع بحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك حلال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السوال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في قتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انما يفيد لو ورد السوال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

ولقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من الـ[illegible] ينهافي الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى انتهى جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني [illegible] الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شيء يحصل الادنى للقدرة [illegible] الاعلى للعجز كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث [illegible] الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو [illegible] عضواً منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا [illegible] لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة [illegible] ان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء [illegible] ان يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضاً مذكوراً في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف والقصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة تقتضي كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص تترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضاً والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكوراً فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلاً عن المبسوط والاسرار والاوجه يحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخاً واما تأويل الخلود فعلى معنى انه لو جازاه بعدله او على معنى تطويل المدة مجازاً يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس بشيء من ذينك الدليلين مسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في تلك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضاً على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص هو القتل بطريق الاستحلال العياذ بالله والاشك [illegible] ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة فمعنى الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمناً متعمداً [illegible] بدل من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد والذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف [illegible] لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه

نفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بالقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما ان ائمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه
وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون
مداره على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال
من نظم النص المزبور فلا يلزم المشنع اصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا
قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن صبابة وجد
اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى
مكة مرتدا والمراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي **قوله** وموجب ذلك على
القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ اقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد
على وجوبها في الخطأ او الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ ولما كان يرد عليه ان يقال ان تعينها لدفع الذنب الادنى
في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ اذ لا شك ان شبه العمد
ايضا اعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم
فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن
قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ
اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس
على الخطأ وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي
للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب
الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم
مثله يطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واضبو العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ وكان وجوب
الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس فكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل **قوله** ومالك رحمه الله وان انكر
معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية
بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال هو الحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث

ال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب
ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم
القتل اما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح
تعليق الحرمان به بخلاف ... اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطا فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع
البدن كالمحل الواحد ... وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير
ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا ووجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي
يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان ياثم بالحفر في غير ملكه لا ياثم بالقتل ... وهذا
كفارة ذنب القتل والحرمان بسببه ... ما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف ما دون النفس لا يختلف باختلاف الالة وما دونها لا يختص اتلافه بالة دون الة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا

... في تغيير كلام وهو ان حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين
للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطا اذ لا واسطة بينهما
في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه **قوله** والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه
صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال
في تفسير الخطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل
واحد من نوعي الخطاء غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان الخاص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا
فكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا
... كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه عرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطاء ضربان خطا في القصد
... في الفعل فالخطا في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى العرض فاخطا واصاب غيره والخطا في القصد ان لا يكون الخطا
في الفعل وانما يكون الخطا في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن الخطا في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح
والايضاح حيث قال ومن قال الخطا في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطا في الفعل ان
لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى عرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا
تحقق الخطا في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطا من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة
او لبنة فقتل رجلا تحقق الخطا في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطا في
الفعل الا ان لا يصدر عنه الذي قصده بل قال فالخطا في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده
ثم صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده فمثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما
ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى العرض فاخطا بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطا مثالا للصورتين تصدق القصد اليضا ... ...
... كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطا في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هناك
ما جرى مجرى الخطا كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطا اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا
لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجري مجرى الخطا الى الكلام هنا في نفس الخطا لا فيما اجري مجرى
الخطا فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سياتي ذكره مستقلا فيما بعد **قوله** ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ان يقول
يعني في كل واحد من الوجهين فحينئذ يصلح ارجاع الضمير

باب ما يجب القصاص وما لا يوجب لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجب في باب على حدة

أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة **قال** ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل واما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الى ان قال الا انه يقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف ههنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فتبصر **قوله** وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين **قوله** والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلا وكانت احديهما تدعي الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند بلام الجنس يفيد القصر نحو الكريم التقوى اي لا غيرها والامير الشجاع اي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية في هذا على ان موجب القتل العمد القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد انحصاره على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول ايضا وفي الآية المذكورة يتحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فيحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس **قوله** وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة انتهى اقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب ههنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر اما اولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر بل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح ويقع صحيح ذلك في المسألة السابقة فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى

قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسألة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بيان كسر زعيفه او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى التكليف والدار انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع انكار كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا

قوله والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مومن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المومن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا حاصل ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روي جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله و تقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي لم يكن مفسرا [illegible] لان مفسره الامستنى ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمومنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لابد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لادلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اي لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلاشك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا سترة به ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر اعم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مومن بشئ من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي رح ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يمتنع تعين معنى الحديث جعل الشافعي رح ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له لازم ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لامحالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له فلان يلزم من ان يقيد كافر في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه اشارة المذكور عن سنن الصواب بالكلية فتضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال وفي هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه القتل بالجر بل هو عطف على مومن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته للمومن ودفع الاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المومن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المومن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي رح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغايرا للمومن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه فالعجب انه كيف يكون مقصود المصنف بقوله

ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط **قال** ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى **قال** ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة **قال** ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة

والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح **قوله** ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب النهاية على قوله لانه ليس بمحقون الدم على التابيد وعلم بقيل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستأمنا او محاربا وهو الحق وتعيينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه اقول في قوله وتعيينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا اريد هناك بالحربي ما هو اعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجزم صاحب البدائع حيث قال واما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول انتهى **قوله** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص لعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا او ناسخا حكم الكتاب انتهى اقول الحق ما قاله الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعد ما خص منه قصاص المولى لعبده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد بولده عن عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من اخبار الآحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول واما اذا كان البعض من العام خرج بانه ليس بمتناول له فيكون عمومه خصوصا ويبقى قطعيا في الباقي ولا شك ان ما خرج به المولى عبده او عبد ولده عن آية القصاص ليس كذلك ... فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا اقل من ان يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في اصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوي **قوله** والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق القصاص لا الولد فلا محذور فيه فقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب انتهى اقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه فاما ان اراد تسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور واما ان اراد به شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم **قوله** والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه للمولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الآباء من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا اخلافا لمالك فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شيء واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى وذكر هذا السؤال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السؤال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز في تحصيل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حمله عليه ايضا فان معنى الحديث عندنا ولكن لا قود يستوفى الا بالسيف كما حقق آنفا فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب **قوله** ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانه اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى بلا ريب في تو لهم جميعا كما اذا كانت الورثة احرارا الا انه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب فالتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء بخلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه . قال واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل

صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرارا ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بها في الكتاب بل في اصل الجامع الصغير للامام الرباني **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور فيه لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان يستغني بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور بخلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قدم من قبل ان اصل ابي حنيفة وابي يوسف هو ان اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالي به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا اعتق المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في خير قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح تتميم ما اجمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيتبالي باختلافهما للافضاء الى المنازعة تامل تقف **قوله** واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل يعني اذا قتل قريب المعتوه فلابي المعتوه ان يقتل اي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان
فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله
ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف
في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص
لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على
ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه
وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى
تخصيص المسئلة مع عموم جزئياتها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه
وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح
والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص قوله لانه من الولاية على النفس شرع
لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك
استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح
اذا لم يكن ثمه ولي اقرب منه فاذا كان ثمه اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض
الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين
قول كل الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل احد ممن كان
القصاص له بحق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه
والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه
والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة
بعد ضرر الولد ضرر نفسه فيجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا
لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي
يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص
نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب
القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لا حق للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا
للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان
احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا قوله وله ان يصالح لانه انظر في حق
المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الصلح وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا
ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز
وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه من دم قريبه مطلقا لانه قال ولم

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصالح من غير تحديد بالقدر بالدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فلما جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى وانفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به في نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر ههنا كذلك والظاهر ان الشراح اخذوا التقييد ههنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا بعد ان يصل بعض من بعض الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله وانفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص نفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلة مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح ههنا ولي صاحب القصاص وهو ابوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الولاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان في خلافه ايضا حصول اصل النظر بل انما يقتضي اولوية العمل بذلك ولم ينف احد اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما يشير اليه قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه **قوله ومن قتل وله اولياء صغار وكبار** قال صاحب العناية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح فان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير وليسا مصداق لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار كما يمكن في توجيه كلام هؤلاء الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة

كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الإنكاح بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة الموليين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية قال العبد الضعيف عصمه الله
إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه
إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات
دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا إن قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر فلا قصاص
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رحمه الله غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها
أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها
فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان
في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفالة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه

على وجه يتضمن الإشارة إلى أنه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة إلى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا **قوله** كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي واحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول ليس هذا الشرح صحيح عندي إذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستدركا محضا إذ يتناوله حينئذ قوله كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين الموليين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله بل كان ينبغي أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغير إذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المذكورين إشارة إلى مسئلة مستقلة مغايرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما إذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق انتهى تبصر **قوله** له أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة أقول في تمام الاستدلال لعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص من نفسه خفا فإن العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطاء مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لأنها مال والمال متجز بلا ريب فالأظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير متجز لأنه تصرف في الروح فهو لا يقبل التجزي ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا إن سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة انتهى أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة إلا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الأكثر قرابته وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل **قوله** واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الإنكاح قال الشراح وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث العفو في الحال وعدمه فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فلا يوجد حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو وإنما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المآل لا يعتبر لأن ذلك يؤدي إلى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي أقول لقائل أن يقول إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون قريبه مقتولا بأن كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذ العفو عن الشيء فرع الشعور به حيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكروه من التفرقة ثم أقول يمكن أن يدافع ذلك بأن يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في

قال وان التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر انه عند ابي حنيفة ومحمد لا يغسل ولا يصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ويصلى عليه وذكر في الصلوة ... في شرح السير الكبير ... ولم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم

فصل قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم ان يقتلوه وقوله في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال ومن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته ومن شيا منه فينبغي ان يدرج في هذه الكلية ونحوه عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة ان كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل من حام المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة اقول كان حق التحرير ههنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعمود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف ابي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين مذهب ابي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف ههنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه وكانهم لم يتنبهوا له **قوله** لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه قال صاحب النهاية وقوله لهم اي الشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول انتهى اقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف اعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة ولكن يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور ان لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا الحديث يقتضي الاشتراك بعمومه في كل واحد من الدليلين تامل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او الشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص لا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف انتهى اقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل باحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ان لو ثبت تاخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه او ثبت كونه اقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح ان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يتمسك به على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته والاولان يحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما تيسير بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر **قوله** ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش اقول في دلالة هذا الحديث على مدعى

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع حفظ المماثلة وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وعن ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ قال ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش

ابی حنیفة رح فی مسئلة التفریق خفا کما تری ولم یتعرض احد من الشراح لبیان وجه دلالته علی ذلک والانصاف انه لا یدل علیه دلالة اقناعیة وان امکن التوجیه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر فی ان صاحب الکافی ترک التمسک بهذا الحدیث ههنا بالکلیة واکتفی بالدلیل العقلی مع کون عادته ان یقتفی اثر صاحب الهدایة فی وضع المسائل وبسط الدلائل

باب القصاص فیما دون النفس لما فرغ من بیان القصاص فی النفس شرع فی بیان القصاص فیما دون النفس اذ الجزء یتبع الکل **قوله** لقوله تعالی والجروح قصاص ای ذات قصاص کذا فی التفاسیر والشروح قال الزیلعی فی شرح الکنز ای ذو قصاص اقول لا وجه لتذکیر ذو ههنا الا بتمحل رکیک لا ینبغی ان یرتکب بلا ضرورة کما سیاتی تفسیر القران العظیم **قوله** ولو قلع من اصله یقلع الثانی فیتماثلان قال صاحب الکافی وعامة شراح الکتاب فی هذا المقام ولو قلع السن من اصله لا یقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما یفسد به الماضغة ولکن یبرد بالمبرد الی موضع اصل السن وعزاه الشراح الی المبسوط اقول اسلوب تحریرهم ههنا محل تعجب فان احدا منهم لم یتعرض لما ذکر فی الکتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذکروا المسئلة علی خلاف ما ذکر فی الکتاب وکان من دأب الشراح التعرض لما فی الکتاب اما بالقبول واما بالرد وکانهم لم یروا اصلا القول الذی نقلته هنا عن المصنف غیر مذکور فی بعض النسخ لکنه واقع فی کثیر من النسخ لیس بشأنه ان لا یطلع علیه احد من الشراح کیف وقد اخذه صاحب الوقایة فذکره فی متنه حیث قال ولا قود فی عظم الا السن فتقلع ان قلعت وتبرد ان کسرت وکان ماخذ متن الوقایة هو الهدایة کما صرح به صاحبه وکذا ذکر فی کثیر من المتون ثم ان التحقیق ههنا هو انه اذا قلع سن غیره هل یقلع سنه قصاصا ام تبرد بالمبرد الی ان ینتهی الی اللحم فیه روایتان کما افصح عنه فی المحیط البرهانی حیث قال ان کانت الجنایة بکسر بعض السن یؤخذ من سن الکاسر بالمبرد مقدار ما کسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان کانت الجنایة بقلع سن ذکر القدوری انه لا یقلع سن القاطع ولکن یبرد سن القاطع بالمبرد الی ان ینتهی الی اللحم ویسقط الباقی والیه مال شمس الائمة السرخسی وذکر شیخ الاسلام فی شرحه انه یقلع سن القالع والیه اشار محمد رح فی الجامع الصغیر حیث ذکر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفی الزیادات نص علی القلع الی هنا لفظ المحیط **قوله** ولیس فیما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ قال صاحب العنایة قد ذکره مرة لکنه ذکر هناک انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فیحمل الاول علی ان المراد به ان امکن القصاص انتهی اقول یرد علیه ان مراد المصنف لو کان ذلک لما تم ما ذکره صاحب العنایة فی شرح کلام المصنف هناک بان قال یعنی لیس فیما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ فان مقتضی ذلک الشرح ان لا یکون بین کلامی المصنف فی المقامین فرق کما لا یخفی ثم اقول التحقیق ان ما ذکره المصنف ههنا عبارة القدوری وما ذکره فیما سبق عبارة نفسه وان لکل واحدة من العبارتین معنی مغایرا لمعنی الاخری فان ما سبق هکذا وما یکون شبه عمد فی النفس فهو عمد فیما سواها ومعناه ان ما یکون شبه عمد فی النفس وهو تعمد الضرب بما لیس بسلاح ولا ما اجری مجری السلاح عند ابی حنیفة وبما لا یقتل به غالبا عند ابی یوسف ومحمد والشافعی فهو عمد فیما سوی النفس سواء امکن القصاص ام لا به او لم یمکن لمانع یمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع یقع فی القتل العمد فی النفس کما اذا قتل الاب ابنه عمدا او کما اذا ورث الابن قصاصا علی ابیه فلان یقع فی العمد فی الاطراف اولی ومعنی قوله ههنا انما هو عمد او خطأ ان الذی کان فیما دون النفس عمدا او خطأ لا ان شبه العمد عمد او خطأ فان ضمیر هو فی قوله انما هو عمد او خطأ راجع الی ما کان فیما دون النفس لا الی شبه عمد اذ لا مجال لان یکون شبه العمد خطأ لا فی النفس ولا فی الاطراف لان تعمد الضرب معتبر فی مفهوم شبه العمد ولا یتصور ذلک فی الخطأ فاذا کان معنی الکلامین فی المقامین مختلفا

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا **قال** واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق تيناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد واما اذا اخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة تطير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمراة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعت بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشي من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل ايضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا قال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة يتنفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل بلا يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت لما يجب ان يعتبر مانعا مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص تحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص هي انه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت المالي ايضا مانعا من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل ... ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما مر حوابه في الديات واشار اليه صاحب النهاية

فيهما

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولهما انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها فصل قال واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه

هٰهنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل هذا بعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتكملة من له الاستيفاء هٰهنا بطريق اسقاط البعض و لا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا البعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او امرا حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا لزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضى بالناقص فيها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل بقيد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى عن طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول فيه ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص بقيد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارض يلزم ان يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص بقيد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ان عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم ان يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في تلك الصورة ايضا مع

انه لا يجوز عندنا اصلا فتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية ووجوبها اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها يكفي في اتباع جميع [illegible]

تنبيه

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل في هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد ايتاء ذلك وتاخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حدة قوله ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا اقول لقائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع استاط حق شفعته بلا عوض بعد ان ثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتامل في الدفع قوله واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب ههنا فتور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تجزي القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما صاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حصته من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى قوله والاصل في هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص لمن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله والاصل في هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا لقال والاصل في هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان الزوجية بعد الموت والزوجية ينقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لهما عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من سلاطين الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى إن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزى بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما إذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في الشرع مؤجل إلى سنتين ويجب في ماله لأنه عمد **قال** وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالأوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفاً **قوله** ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فإنه إنما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وإنما ذكر الآخر استطراداً كما ترى **قوله** ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى إن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة أقول فيه أيضاً شيء وهو أن هذا التعليل وإن كان تمشى في القصاص أيضاً إلا أنه لا تمشي فيه إلى أصل حقيقة وإنما تمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فإنه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله أنه حق يجري فيه الإرث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعاً لأنه إنما يدل على جريان الإرث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه إذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فإن حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعاً للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للوراثة عند أبي حنيفة بخلاف المقتول فإن حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل إنما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله قطعاً ثم إن صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلأنهما موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكون في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكان كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فساداً على فساد لأنه مع إثباته في تضاعيف شرحه بما تقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لأن وجوبهما أولاً للميت ثم يثبت للورثة صرح بأنهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الأموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الأموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي إلى سبيل الرشاد **قوله** وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلاً للواحد فكيف تكون العشرة مثلاً للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً فقضى عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم انتهى كلامه أقول فيه بحث لأنه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لأن عمر رض إن كان منفرداً في قضائه وقوله المزبورين فظاهر أن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلاً عن الرجحان عليه وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كان قوله وفعله بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فحصل محل الإجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك إذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن

ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء، واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض لحديث كون الاية المذكورة موية لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الاية وبين جواب الاستحسان ههنا ويجئ منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول **قوله** ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا بد من بيانه والقياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويترجح على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه اقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما يأتي في تعليل المسئلة الاتية من ان الاصل عندنا هيهنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان تقتص النفس بغير النفس كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول فانما يستفاد ذلك من دليل اخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل اخر فكذا ههنا تبصر **قوله** ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة هناك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس بحق المتعدى عليه على تقدير النقصان ولا شك ان الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد اعتبار غير المتماثل متماثلا فلا يخلو الامر عن الظلم او البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع **قوله** ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اقول [illegible] الدليل الاول ان كل واحد منه قاتل بوصف الكمال فلا وجه

ولأن القصاص شرع مع المنافي تحقيقاً للإحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به **قال** ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده **قال** وان قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكيناً وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال** وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معاً او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تتعلق رقبته بهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقاً مستحقاً **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به **قال** ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدمياً والفعل يتعدد بتعدد الاثر

بجعله دليلاً مستقلاً معطوفاً على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى آخره ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلاً بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعاً او كملاً والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو قال حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلاناً فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى اقول فيه خلل لانه لا يلزم من ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعاً بناء على ان القتل لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملاً بل يجوز ان يضاف كملاً الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسألة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلاناً وان كان القتل في الحقيقة كملاً مضافاً الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز ان يحنث كل واحد منهم في مسألة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر ايضاً في الكتاب فلا يمشي شيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلاً انه قاتل فضلاً عن ان يقال انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب للباقين المال في هذه الصورة فليتأمل **قوله** ولان القصاص شرع مع المنافي تحقيقاً للاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد حصول حكمته لا يتم امره بل لابد من حصول شرائطه ايضاً ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن وكذا لا يقتل احد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او لتحقق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفي به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية **قوله** لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ قال صاحب العناية هو خطأ في القصد اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصاً يظنه صيداً فاذا هو آدمي او يظنه حربياً فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضاً فيصيب آدمياً ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب آدمياً **قوله** والفعل يتعدد بتعدد الاثر قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيواناً ومزق جلده سمي جرحاً وان قتله سمي قتلاً وان اصاب الكوز وكسره سمي كسراً فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمداً وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة واوصاف متضادة اليه باسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو بتلك الاسامي المختلفة الا يرى ان الرمي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحاً ولا قتلاً بل يسمى كسراً وكذا من حيث انه اصاب حيواناً ومزق جلده او قتله لا يسمى كسراً بل يسمى جرحاً وقتلاً واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضاً فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأ ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متضادين ان اراد به ان الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان اراد به ان الكلام في ان تعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد تحصيل قطعا بتعدد الاسامي تعدد وانما شيئا من تعدد التسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد ههنا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء ظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه يشعر بان يكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح **قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى آخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء او لم يتخلل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسألة مستدركا لتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به ومن هذا قال في وضع المسألة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان تكون فائدة ذكر ذلك القيد في المسألة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعطي كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان اولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسألة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسألة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسألة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين **قوله** فصار كتخلل البرء قال بعض الفضلاء ومنقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلي ابي حنيفة فيما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى آخره وقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كان خطأين تأمل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسألة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رأيه

اذا لم يتخلل

اول

ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولأن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل حقيقة وحق نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً إذ بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمداً فهو من جميع المال

انتهى أقول في الجواب نظر فإن قول المصنف بعد بيان خيار الإمام وهذا عند أبي حنيفة يأباه هذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسألة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضاً يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبي حنيفة وأما إذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين له إن لهم الخيار فلا تمشية رأساً للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فما معنى قول أبي حنيفة في هذه المسألة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأمرين جميعاً وعلة تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب **قوله** ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفواً عن نوعيه أقول أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً لهما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما بدون انضمام هذا إليه إذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فإنه إذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع إذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجباً للقتل أيضاً تدبر **قوله** وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لأن الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس إلا أن موجب القياس هو الظاهر في بادي الرأي **قوله** ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الوجوه الأربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لأن معنى كلام المصنف ههنا أن محمداً أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسألة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير قط وإنما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات المصنف ههنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسألة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه بقوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضاً فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه نفس الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لأن هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطراداً وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذاً مما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** إذ بذلك إطلاقه أي أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد والخطأ فكان متناولاً لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لأن محمداً قيده بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الإسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الإطلاق انتهى وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فقالوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فإن قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فإنه تبين أن مراده العمد لأن الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسألة مطلق بلا شك إذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب إنما هو لأحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله إن كان القطع عمداً انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع إذ لا شك أن مقصود المصنف ههنا بيان إجراء

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل عليها ولان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف وفي هذه الصورة

محمد جعل القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن بمجرد اطلاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اوذن ذلك اشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ماله ينافي عن ذلك لا محالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف اذن بذلك اطلاقه فتأمل **قوله** لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لينصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق ويثبت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث **قوله** اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان متبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم **قوله** ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد هو القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين في الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص فيما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص ومن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سری تبین انه قتل النفس ولم یتناوله العفو فتجب الدیة وتجب فی مالها لانه عمد والقیاس ان یجب القصاص علی ما بیناه واذا وجب لها مهر المثل وعلیها الدیة تقع المقاصة ان کانا علی السواء وان کان فی الدیة فضل ترده علی الورثة وان کان فی المهر فضل ترده الورثة علیها واذا کان القطع خطأ یکون هذا تزوجا علی ارش الید واذا سری الی النفس تبین انه لا ارش للید وان المسمی معدوم فیجب مهر المثل کما اذا تزوجها علی ما فی الید ولا شیء فیها ولا یتقاصان لان الدیة تجب علی العاقلة فی الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها علی الید وما یحدث منها او علی الجنایة ثم مات من ذلک والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج علی القصاص وهو لا یصلح مهرا فیجب مهر المثل علی ما بیناه وصار کما اذا تزوجها علی خمر او خنزیر ولا شیء علیها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضی بسقوطه بجهة المهر فیسقط اصلا کما اذا اسقط القصاص بشرط ان یصیر مالا فانه یسقط اصلا وان کان خطأ یرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترک وصیة لان هذا تزوج علی الدیة وهی تصلح مهرا الا انه یعتبر بقدر مهر المثل من جمیع المال لانه مریض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلیة ولا یصح فی حق الزیادة علی مهر المثل لانه محاباة فتکون وصیة ویرفع عن العاقلة لانهم یتحملون عنها فمن المحال ان ترجع علیهم بموجب جنایتها وهذه الزیادة وصیة لهم لانهم من اهل الوصیة لما انهم لیسوا بقتلة فان کانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج یسقط ثلثه

ولو کان الموجب الاصلی هو القصاص فی العمد الواقع بین اطراف الرجل والمراة ایضا لزم ان یکون التزوج فی صورة الاقتصار ایضا تزوجا علی القصاص فلزم ان لا یتم ما صرحوا به من صحة التسمیة ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع فی تلک الصورة کما لا یخفی وقال صاحب العنایة وتاج الشریعة فان قیل الجواب فی الاطراف بین الرجل والمراة هو الارش وارش الید معلوم وهو خمسة آلاف دینار فما المانع عن ان یکون هو المهر قلنا ارش الید لیس بمتعین لجواز ان یکون خمسة آلاف درهم فیکون مجهولا فیجب مهر المثل انتهی اقول فی جواب هذا السؤال ایضا نظر فانه ینتقض ایضا قطعا بالتزوج علی یده فی صورة الاقتصار فان ارش الید یصیر مهرا لها هناک بالاجماع کما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعیین ارش الید هناک ایضا ثم اقول لو قال المصنف فی تعلیل صورة العمد ایضا مثل ما قال فی صورة الخطأ ههنا من ان یکون هذا تزوجا علی ارش الید اذ القصاص لا یجری فی الاطراف بین الرجل والمراة فی العمد ایضا عندی واذا سری الی النفس تبین انه لا ارش للید وان المسمی معدوم فوجب مهر المثل لصح وکان سالما عن ان یرد علیه السؤالان المذکوران ولم یحتج الی جوابهما المذکورین فی الشروح المتکلفین کما بیناه آنفا **قوله** واذا سری تبین انه قتل ولم یتناوله العفو فتجب الدیة قال فی النهایة فان قلت لم لم یجب القصاص ههنا علی المراة مع ان القطع کان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وهو لم یجعل القصاص مهرا لان القصاص لا یصلح مهرا لانه لیس بمال والمهر یجب ان یکون مالا ولما لم یصلح القصاص مهرا صار کانه تزوجها ولم یذکر شیئا وفیه القصاص فکذا ههنا قلت نعم کذلک الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولایة استیفاء القصاص للمراة ولو استوفت المراة القصاص انما یستوفی عن نفسها لنفسها وذلک محال فان الانسان لا یتمکن من استیفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا یصلح ان یکون مطالبا بالقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستیفاء واذا سقط القصاص بقی النکاح بلا تسمیة فیجب مهر المثل کما اذا لم یسم ابتداء انتهی اقول لا السؤال شیء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا علی المراة ظاهر من قول المصنف والقیاس ان یجب القصاص علی ما بیناه فانه اشارة الی ما ذکره فیما قبل من ان وجوب الدیة ههنا دون القصاص علی موجب الاستحسان فان صورة العفو اورثت شبهة وهی دارئة للقود فلم یبق محل السؤال عن لمیة عدم وجوب القصاص ههنا علی المراة واما الثانی فلان القصاص الذی جعل مهرا وجعل ولایة استیفائه للمراة انما هو قصاص الید دون قصاص النفس کما افصح عنه قول المصنف فیما قبل یکون هذا تزوجا علی القصاص فی الطرف واذا سری تبین انه قتل النفس فلم یتناوله ولایة المراة للعلة التی ذکرها المصنف فی عدم تناوله العفو الذی تضمنه التزوج فبقی السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس علی المراة بعد ان تبین ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذکر فی الجواب المزبور اذ لم یجعل احد ولایة استیفاء قصاص النفس للمراة قط حتی یلزم من وجوب قصاص النفس علیها استیفائها القصاص عن نفسها لنفسها **قوله** واذا کان خطأ یرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترک وصیة قال صاحبا النهایة والعنایة فی شرح هذا المحل قوله یرفع عن العاقلة مهر مثلها ای قدر مهر مثلها قوله ولهم ثلث ما ترک وصیة ای وللعاقلة ثلث ما زاد علی مهر المثل الی تمام الدیة یکون وصیة انتهی اقول فی التفسیر الثانی خلل فان المصنف فصل فیما بعد حال الزیادة علی مهر المثل وجعلها صورتین حیث قال فان کانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تکن تخرج یسقط ثلثه وعلی ذلک التفسیر یلزم ان لا یتناول الکلام المصنف ههنا الصورة الاولی من الصورتین اللتین ذکرهما فیما بعد فان ما یکون وصیة لهم فی الصورة الاولی منهما جمیع ما زاد علی مهر المثل الی تمام الدیة لا ثلثه فقط کما لا یخفی وقال صاحب الغایة قوله یرفع عن العاقلة مهر مثلها ای قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترک

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين **قال** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يسقط حقه في القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به **قال** ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا إذا عفا وما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء وبعده وصار كما إذا كان له القصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع وله أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعا وإذا سقط وجب المال وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ومآل القصاص في النفس وذلك لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو والإعراض لما أنه تصرف فيما قبل البرء أو يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء وأما إذا لم يعف وما سرى قلنا إنما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى يقطعه ومع إعفاء البرء لم يتبين الصحيح انتفى هذا الخلاف وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والأصابع وإن كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لأن الأطراف تابعة للنفس من كل وجه **قال** ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال

لهم انتهى أقول بل هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وإن كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فإنه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف هنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاثنتين في التفصيل معا لأن جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لأن ما يكون وصية للعاقلة إنما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في إفادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالأولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فإن خرج من الثلث سقط وإلا سقط ثلث المال انتهى تأمل **قوله** وقال أبو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين أي في التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا ليس في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد إذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ذاك بشيء إذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الأول بالخطأ فإن الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فأما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسألة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه قال صاحب العناية ولم يذكر ما إذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رح وعند أبي يوسف ومحمد رح والشافعي لا شيء عليه كما سيجيء انتهى أقول هذا الكلام منه ههنا كلام خال عن التحصيل لأنه إن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بأنه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له إذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وإن كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف أنه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقها أن تذكر ههنا فليس كذلك فإن تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس وإنما كانت المسألة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وإن كان المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه إذ قد بين المصنف حكمها فيما سيأتي مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح ههنا **قوله** ونحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الإصلاح والإيضاح وفيه إشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لأنها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما إذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا إلى المقدمة القائلة أنه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه أنه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الإبراء عن النفس شبهة الشبهة لأن الإقدام على القطع لا يقتضي بالفراغ عما وراءه رأسا لجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع لكن يمكن له القود ليستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم إن الفراغ عما وراء القطع لا يقتضي إلا براءة عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه في القطع لا إبراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل **قال** ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكن اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذا العبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه **قال** فان كانت الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق في حقه ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص لما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك متقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة فافترقا تامل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق **قوله** بخلاف ما تشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي فقطع فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا ههنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اوردها ههنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان ادنى درجة من نفس ذلك الشيء **قوله** ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما المواخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر **قوله** وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان ومكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير هي قوله وان كذبها فلا شيء لها لتفصيل فاما كذبها في قوله وان كذبها فلا شيء لها ضمير راجع الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبها القاتل ايضا او ضميرا راجع الى القاتل نسخة معناه اذا كذبها المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبها القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديرها وان كذبها المشهود عليه فلا شيء لها اذا كذبها القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبها المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديرها وان كذبها القاتل في شيء لها اذا كذبها المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه لسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقها وحده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبها اذا كذبها القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقها القاتل اذا صدقها وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد وان كذبها اذا كذبها المشهود ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام قوله وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو يجري على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بالسؤال والجواب واقول هذا السؤال وارد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد هنا وجه لانه ان يراد به ان وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكونه ضربه عمدا الا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى التقييد المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان اجمل واشمل اما كونه اجمل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان الاول منهما عمد يوجب القود مع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول هنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون وعلى كلا التقديرين

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهد على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح

ينبغي ان تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا احسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم مما عفوا عنه لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فما وليهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله اولو اكذبهم ظاهرا وردنا طلاقه اسم الظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لا كلام لنا ذكره على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا الضيق وذلك لان ما ذكره من المحذور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل لان توضيحه هو انه لم تكن بشهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة اخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف بينهم تأمل ايضا قول المصنف في تأويل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك ما يكون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المص ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر للاستحسان بنظر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تأمل صادق يخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل قوله وهذا في معناه قال جمهور الشراح اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين لما كان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك وكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو الاولياء القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا راسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجب الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تملك الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر ان يقال سماح ان الستر مندوب اليه انتهى اقول يرد على توجيهه ايضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درءه جائزا للشهود بعد ان عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على قاعدة الاظهر ههنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين وان جهلوا احتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك ايضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق كيف يتصور القبول تدبر قوله غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب الغاية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما

قيل

الكذب

فاذ

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابراه بعد الجرح قبل الموت ولهما ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ
لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت والفضل بان كان عمدا فالقود سقط للشبهة وتجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه
القيمة للمولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمه الله لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

باتلاف بعض النفس القصاص يجب كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما واما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت
شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل
والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى اقول هذا
الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما عرفته غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه
معنى المقام وايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد
فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب
ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه
الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي ان يقتلهما جميعا
وان كذب انفراد كل واحد منهما بالقتل ويعيه كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح **قوله** وقال لا شيء عليه لانه
بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية
غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى
اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد به ذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد لما اسقط
تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان في المشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تحرير المصنف
قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي الى ما ذكرناه **قوله** وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رح قلت لعل عدول
المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة
ومحمد رح فقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه
ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي حنيفة رح كما بين
في غاية البيان فلو قال المصنف في اول المسئلة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير
الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح **قوله** ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته قال الشراح مر ابو حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف رح فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق
ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب
عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير المولى
ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق
من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية حيث تجب قيمته للمولى في ذلك وان كان في الفنا في وجوب القيمة نظر الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به فلم يمكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر الفرق المزبور من قبل ابي يوسف رح قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف رح وقت الرمي في صورة الارتداد لما تم منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول ابي حنيفة رح في ان المعتبر في حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسألة يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا ان المرمي اليه في مسألتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي وقال في معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسألة وكذا مسألة الرمي على ما يجيء وكذا في مسألة الرمي ثم تمجس وكذا في مسألة المحرم على ما يجيء الا انهما يقولان في مسألة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة رح يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى

قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام هنا ينافي ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شيء من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احد موجبي الجناية في الآدمي المشروعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي ان يذكر الديات في كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب ان المقصود هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان عامة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطاء وفي شبه الخطاء وفي القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات فاولها في الصحاح وديت القتيل اديه دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما يجيء في الفصل الآتي من ان في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الحشفة الدية وفي شعر الراس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل الذي اطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سياتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغيره الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تودى عادة لانه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى **قوله** وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف انتهى اقول ليس الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه جعل بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من الكفارة الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني بهذا النص اي بهذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزى فيه الاطعام وكان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزى فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مرادنا على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قوله لانه لم يكن كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيه وقوله فلا يجزى فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دراية باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزى فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشراح يعني ان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او نفي منه شيء

او لكونه كل المذكور على ما عرف بوجه صحيح احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته **قال**
وهو الكفارة في الخطأ لما ذكرناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي اثلاثا ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولانه مروي عن عمر وزيد بن ثابت رض ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا
ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ فان ابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع
فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضي بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا **قال** وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل **قال** والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في
قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

ونسله مثل انتهى اقول فيه شكل هذا بالحرمان عن الميراث فان جزاء القتل ايضا في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس بداخل
في الواقع بعد ما الجزاء الآية المذكورة فليتأمل **قوله** ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مراد الذكره لانه موضع الحاجة الى البيان و
حيث لم يذكره دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح قال صاحب الكفاية
بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمه وجد بيان بنص آخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا
ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه
مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم
ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم للمجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة
في شبه العمد واما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المص ره ولكونه كل المذكور
اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول لعمري انه لبعيد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام
شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في
التفسير ان يقال اي لكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضي بالدية
في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا
في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومر ايضا في اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان
قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد
في الدراهم على عشرة الاف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه **قوله** وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا
نحن والشافعي ره به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رض وان روى
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون حقة و
خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان
وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا فكان كالمرفوع فصار ما رواه ابن مسعود رض معارضا به فكيف يتم جعل المصنف ره مجرد رواية ابن مسعود رض
دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي ره به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه اليق بحالة الخطأ لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا
لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في البيان الابل في دية الخطأ ونحن رجحنا رواية ابن مسعود رض لانه اوفق لموضوع دية
الخطأ وهو التخفيف الا ان قول المصنف ره ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا ليس مستقلا عما قبله بل هذا دليل
مستقل وهنا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالكلية في تحرير المصنف هنا نوع ركاكة وكان صاحب الغاية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف في شرح

غير ان عند الشافعي رح تقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال** ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطي معذور انتهى **قوله** غير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول ههنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتامل في التوجيه **قوله** ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع الولي على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتين الابل انتهى اقول ليت شعري ما بالهم حصروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء الدية من اي نوع شاء من انواع الدية لا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من ادائها من نوع البقر او من نوع الغنم او نوع الحلل كما يمكن من ادائها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من ادائها الا من هذه الانواع الثلثة **قوله** وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اورد قوله وذكر في المعاقل اي معاقل الاصل شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من انه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وتقريرها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصحح الشبهة ويرتفع الخلاف وثانيهما دفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا ادري صحته لانه مناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة لان ماله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احديهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

[illegible]

بعد بیان ذلک الوجهین و رد احدهما حیث قال وحمل بعض مشائخنا علی ان فی المسئلة عنه روایتین انتهی ومدار رده احد ذینک الوجهین علی ان یکون

... لا یتصور الا بان یخصه القول منه فی تلک المسئلة فیما ذکر فی المعاقل و الالاتیة الشبهة بل ترتفع بکل

... فی الاطراف ...

... الشیخ الذی هو الاطراف للاصل الذی هو النفس فی بعض ...

... صاحب النهایة ... فی کتاب الجنایات فلم لایجوز انحطاط ... النفس ...

... فیما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذکر حکمها ... ایضا تحقیقا ...

... والانف قال فی الکافی وغایة البیان فقسنا علیه غیره اذ کان ... انتهی ...

... والقیاس لایجری فیما علی ما عرف فالصواب عندی ههنا ان یقال فالحقنا به غیره دلالة **قوله** ولو قدر

علی التکلم ببعض الحروف قیل یقسم علی عدد الحروف وقیل علی عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا یقدر تجب قال جمهور الشراح والحروف التی تتعلق

باللسان هی الالف والتاء والثاء والجیم والدال والراء والزاء والسین والشین والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهی وقال صاحب العنایة

بعد نقل ذلک عن النهایة وفی کون الالف من ذلک نظر لانه من اقصی الحلق علی ما عرف انتهی اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف

والتاء والثاء وغیرها مما ذکروا هو الالفاظ التی یتهجی بها الحروف المبسوطة التی تتركب منها الکلم والذی من اقصی الحلق انما هو الحرف الذی یقع جزء الکلم کما فی

اول اخذ واوسط سال وآخر قرأ لا الحرف الذی یتهجی به وهو لفظ الف اذ هو مرکب من ثلثة اجزاء یتعلق باللسان بواسطة جزئیة الاوسط الذی هو اللام نعم

فنشأ نظر صاحب العنایة عدم وقوفه علی مرادهم کیف ولو کان مرادهم ما توهمه لذکروا الهمزة بدل الالف کما لایخفی فان قلت الالفاظ التی یتهجی بها اسماء

مسمیاتها الحروف المبسوطة التی ترکبت منها الکلم کما حققه صاحب الکشاف فی اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف

التی تتعلق باللسان فکیف یصح ان یکون مرادهم بذلک ما یتهجی به من الالفاظ قلت قد وقع فی عبارات المتقدمین اطلاق الحروف علی تلک الالفاظ مسامحة

استعمالا للحروف فی معنی الکلمة کما نص علیه ایضا صاحب الکشاف هناک وکلام هؤلاء الشراح ههنا بل کلام المصنف ره ایضا جار علی ذلک الاصطلاح

الشائع فیما بین القوم ولهذا یقولون لها حروف التهجی فان قلت لم لم یریدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التی تترکب منها الکلم ولم یخرجوا الالف

من عداد الحروف التی تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلک ان الغایة من الحروف انما یعرف بالامتحان انما یکون فی العادة بحروف التهجی کما تقدم

ولو كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه الحرام وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزداد به جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير اوانه فيشين ولا يزين ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد تقدم الكلام فيه في الحجة **قال** وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام **قال** وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بينا **قال** وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهو حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة **قال** وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها **قال** والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا **قال** وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع **قال** وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات **قال** ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه يفوت الجمال على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر **فصل في الشجاج قال** الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم

بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح ذخيرة فجروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك

قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج ثلاثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان [illegible] بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسمه [illegible] اقسام في سياق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة [illegible]

والاضراس سواء قال في الغاية قالوا فيه نظر والصواب [illegible] والاسنان كلها سواء او يقال [illegible] الانياب والاضراس كلها سواء [illegible] يدخل تحته اثنان وثلاثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل واربع رباعيات وهي ما يلي الثنايا [illegible] تلي الرباعيات واربع ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها [illegible] تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ ووقت كمال العقل فالصحيح ان يقال الاسنان والاضراس [illegible] الى معنى [illegible] انتهى اقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فالصحيح ان يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت وحققت في علم البلاغة ولها امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله وجبريل وميكال فجاز ان يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويؤول حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما اورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانياب ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى ان يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء مثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسماء وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس وذكر سائر انواعه

...امعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل
الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم اي تكسره والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى
ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رح في الاصل
وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع
فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رح قال وفي الموضحة ان كانت
خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث
الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر
وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رح انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف رح
وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه الشجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة

التي سيجيء في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن واوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع
في العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة
كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي
لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي
التي تدمى من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها
دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب
اللغة ويجيء من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في
تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي
يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوي
وذكر شيخ الاسلام انها هي التي تسيل الدم اكثر ما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها
فتدمع عيناه بسبب ما يجب من الالم الى هنا لفظ المحيط تبصر **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه اقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف
نظر وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد يتحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان سيلان
اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير
مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم
اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى
وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه
قال في الكتاب والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم وهذا في المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلنا
من المعنى الظاهر لا نقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكافي حتى يلزم الاشتباه بل يريد عليه الاشتباه وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع
اللحم الى هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في
البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة
من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلاءم وتتلاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم
ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح
الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه
كان مفطرا او ما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر و
إنما يجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو إنما ورد فيما يختص بهما ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب
وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ولا
مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة
العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان
ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الإيضاح يكون الأمر كذلك إلا أن المصنف رحمه الله تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة
تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج
باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص
بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الإيضاح انتهى أقول ليس هذا الكلام بسديد إذ لا شك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لأنهم صرحوا في أول كتاب
الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي
في هذا الفصل حتى قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بأن الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم التي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه أيضا عندنا خلافا
لمالك وقد قال المصنف رحمه الله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك الرأس بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا
وهل هو إلا من عطف الشيء على نفسه مع أن العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة **قوله** ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل على
عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة ففي قوله ولأنه تسامح انتهى أقول إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وإن أراد أنه دليل أصل له على عدم وجوب
أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففي
قوله ولأنه تسامح ممنوع لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله
ولأنه إنما ورد الحكم فيها إلى آخره دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الأداء أن يقال ولأنه بلا تسامح أيضا ولعل ذلك البعض إنما غره تقرير صاحب الكافي
ههنا حيث قال لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما الشين ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي
يلحقها ببقاء أثر الجراحة والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن التقرير للمصنف رحمه الله شأن آخر كما ترى **قوله** إلا أن عندنا
هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين
في الطهارة لأنهما من الوجه على الحقيقة إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية
أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة
بالإجماع ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى أثره الشارح العيني أقول في الجواب إشكال عندي لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على
الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخا للكتاب بالإجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع
لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن أقول فيه كلام وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف
الرأس أيضا فالتي في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها
وبيان حكم كل واحد منها وإن لم يكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر فصل الشجاج عشرة إذ يكون الشجاج حينئذ أحد
عشر اللهم إلا أن يقال هي أحد تلك الأنواع وهي الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال
قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

فصل لما كانت الأطراف دون النفس لها حكم ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم
يجعل الذراع تبعا في حق التضمين لانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه
لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في
اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلث اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانها جزء من يده لكن لا منفعة فيها ولا زينة وكذلك السن الشاغية قال وفي
عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه
بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشي في بعض منها دون الكل فالاوجه عندي
ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف رح في
فصل على حدة وآخرها عن الفصلين الماضيين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتاخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات
فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد ايضا اعتمادا على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية
اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان
لا بد فيه من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين خمس الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من
المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة ههنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة
للمسئلة اللاحقة بها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان ههنا ان قطع الاصابع بيد بلا كف وبها نصف الدية **قوله**
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت
نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا كان حق قوله
وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما
هو الموجب للدية حتى يشار اليه ههنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية ههنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا ابعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الآلة مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون
مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكر في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان التعلق
تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فاذهب منفعته بدون
ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون
قول المصنف رح ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب
للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب
على ما مر **قوله** ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون كل واحد
من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدار قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلامه
في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن لهذا حيث غير تحرير المصنف ههنا فقال ولهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انها آلة باطشة والاصل فيه

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رح ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كل واحد منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الا بالاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلا يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف رح ايضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان جنس البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون للكف ايضا البطش مع الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة قياسا **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة لفوات جزء من الشعر لا لمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا احكامها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطاء ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في حق ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف رح وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرنا قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف رح وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء يتوجه في صورة فوات شعر راسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف رح بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسألة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسألة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان المعنى الثاني اشمل من الاول فالوجه عندي ان يكون مراد المصنف رح بقوله ما ذكرنا في قوله وجوابه ما ذكرنا مجموع ما ذكره في تعليل المسألتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى **قوله** وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في شرح الدراية قال السندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

[illegible] السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل [illegible] قال فى الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك عند ابى حنيفة رح وقالا [illegible] وينبغى ان تجب الدية فيهما [illegible] الا فى الموضحة القصاص [illegible] قال وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقى من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه فى شىء من ذلك [illegible] وينبغى ان تجب الدية فى المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل [illegible] قال وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص فى شىء من ذلك عند ابى حنيفة رح [illegible] قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص [illegible] قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش فى قول ابى حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا [illegible] قال ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستانى حولا [illegible]

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد فى العقل ووقعت فى السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور فى الكتاب بمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا على عضو واحد وهو الراس مع انه الالم يدخل ارش اليد فى الدية وان اعتبر العقل فى تلك المسئلة عضوا مغائرا للعضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة ايضا عضوا مغائرا لمحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش فى الدية كما فى السمع والبصر فالحاصل ما عده الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل **قوله** ووجه الثانى ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسى بحيث لا يرتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثانى والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى **قوله** وينبغى ان تجب الدية فى المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافى ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء فى الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب فى الكل كما اذا سبب الدية ويدخل الجزء فى الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الا ان يكون مبنيا اختلاف ما ذكره فى المقامين على اختلاف الروايتين فى المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد فى الجامع على نحو ما ذكر ههنا وذكر فخر الاسلام البزدوى فى مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقى فانه يجب فى الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر **قوله** ولنا انه يستانى حولا بالاجماع اى يوجل سنة بالاجماع وذكر فى التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقضى الا الى الحال الى الارش لانه لا يدرى عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف ره وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيوثر فى انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام فى الجراحات كلها يستانى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذى ينافى الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اى مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف ره بالاجماع فى قوله ولنا انه يستانى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الاخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون فى رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اتفاق المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وانما نحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر فى غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفى فى الاجناس عن نوادر ابى يوسف رواية ابن سماعة قال ابو يوسف ره رجل قلع سن رجل لا انتظر بها حولا وانما انتظر بسن الصبى ما نقص عليه بارشها

او لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر **قال** ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على الاختلاف في الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ ففيه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهرزاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد ولو نزع سن صبي ينبغي ان يقاس يا خذ صبيا من سن النازع المنزوع سنة ويوجد منه سنه يوم نزع سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لا فرق كثير من مشائخنا بين سن البالغ والصغير حيث قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ التتمة انتهى والظاهر ان المصنف رح ايضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشائخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة **قوله** ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة و المحيط اوجب محمد رح كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى ومن العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح ههنا وعزاه اكثرهم الى الذخيرة فقط اورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في الاعضاء التي يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروه قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة **قوله** لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر انفا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف رح في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف رح ههنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف رح في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية انه قال وقد مر انفا والذي مر منه انفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد رح بن الحسن في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رض قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فيحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم صيانة عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى **قوله** غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مختل لان المصنف رح قال في اوائل كتاب الجنايات في بيان ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان المعول ههنا ما لا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة بمقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به انفا فالوجه ان يترك قيد

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة **قال** وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب مالا وقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد **قوله** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في قوله بشرح خلاف الشافعي [illegible] متنه قبل مدة ومن ذكره القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تنفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان حاصل خلاف الشافعي رح ليس الا في حكم هذه المسئلة المنفردة [illegible] خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في [illegible] تعليله المذكور في الكتاب [illegible] الكلية انما هي العمد [illegible] مطلق كما صرح [illegible]

خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم ما بتلك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة بالكلية فلا تم شيء للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكونه منفردا بالحيوة معدا لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي **قوله** وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه ههنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور ومن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل **قوله** والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الادمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان ههنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضاء اذا انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر **قوله** والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان يكن انتهى ورد بعض الفضلاء قوله او معد للحيوة في تقرير السوال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تدبر **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل
الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت
قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء
الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري وردوه بما رده صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا
كانت خمسمائة كانه سهو القلم فينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بلا الف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة
[illegible]
اذا [illegible] قيمته لا تبلغ خمسمائة [illegible] جنين الامة هو في مال [illegible]
وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكانه تبعه التوجيه الثاني اقول [illegible] التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا [illegible] التعليل كونها
على العاقلة يكون نحو خمسمائة درهم فان قيمته [illegible] ما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما [illegible] [illegible]
ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم فما فوقها الى
مثل ذلك كله في مال القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور
للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان
الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان تبلغ خمسمائة
فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى **قوله** وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل
لا بد من ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد قيل في هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على عاقلته
وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرح به
وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف **قوله** ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية
حيث قال دوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس بتسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء
دية الاترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية
وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل في الدفع **قوله** الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قول المصنف رحمه الله هذا تعليق لقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل
من خمسمائة درهم لا تتحمله العاقلة فلنا فيه نظر لان في جنين الامة لا فائدة على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول
نظره ساقط لانه [illegible] الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم العاقلة وهو ليس بحجة
عندنا ولئن سلمنا انه حجة عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قول المذكور انها تعقل خمسمائة فصاعدا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب
في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف رحمه الله الا ان العواقل لا تعقل فيما دون خمسمائة
جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلا كانت او كثيرا فتم قيد تم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول

ولانه اذا كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من تجب يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل

الظاهر ان مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ويرد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا انك علمت سقوطه ايضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب الغاية انفا ثم اقول في تقريره مراد المصنف رحمه الله هنا خلل اذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب اما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة ودية تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن اين يدل الحديث على ان الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم يكون ايضا على العاقلة حتى يتوجه ان يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم واما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على ان الدية سواء كانت اقل من خمسمائة لان يكون معمولا به في مقابلة ذلك الحديث بدون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح الجواب عما ذكره كما قرره **قوله**

ولانه اذا كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة اقول لقائل ان يقول لم لم يعكس الامر اي لم لم يعمل في حق التاجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني ولم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والاظهر في تقريره ههنا ما ذكر في الكافي اخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس هو دية في الاصل حتى ينفصل عنها حيه فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التاجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر **قوله** لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله اكثر بدون الواو بدل اقل اي اذا كان ذلك الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ اكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية وقوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها واكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان اكثر صفة لاقل او بدلا منه ولعل العطف بالواو ونفيه ذلك الى هنا لفظه اقول فيه شيء وهو ان بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك ايضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ تقصر الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا ان يكون مراده قصر الصحة على الاول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية الا ان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لا يبقى للتقييد بالاكثر نظر لانه لو لم يكن اكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانه ارتضاه واشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتاتى ان لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان الاكثر من نصف العشر موجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر موجلا بها انتهى اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه اذا كان ما هو اكثر من نصف العشر موجلا البتة فاولى ان يكون نصف العشر ايضا موجلا البتة لجواز ان يكون نصف العشر غير موجل اصلا كاقل من نصف العشر او يكون موجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا القت جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم فتعم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فجعله على اقل الامتناع

والمراد [illegible] لأن ضمان [illegible] ولنا [illegible] في الجنين [illegible] ولأنه بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى [illegible] إلا اعتبارا بحاصله **قال** فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عند أبي حنيفة وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينتزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام **قال** وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما **قال** وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه تسبب لهلاكه متعديا بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل وكذا إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه وإن سقط الميزاب نظر فإن أصابه ما كان منه في الحائط فلا ضمان فيه لأنه وضعه في ملكه وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته

وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى أقول هذا المجيب من مشله فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيراده أصلا والذي ذكره في شرح تاج الشريعة هنا بهذا فإن قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تأمل تفصيل جوابه لعل صالح **قوله** ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها أقول لقائل أن يقول إن أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من أنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم وإن أراد أنه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا ولا دافعا لما قاله الشافعي رحمه الله من أنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل فليتأمل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسببا وقدم الأول لكونه أصلا لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه **قوله** ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه إذ المانع متعنت أقول هذا المقام محل الكلام فإن المدعى هنا وهو إباحة الانتفاع بالأمور المذكورة إنما للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسألة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى إلا على أصل محمد رحمه الله أما أولا فلأن قوله فيلحق به ما هو في معناه ليس بتام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فإنهما كما صرح في الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنع القاتل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام لأن فيه الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره وإن لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح إلحاق ذلك به وأما ثانيا فلأن قوله إذ المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا إذ لا يصح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا إلى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي أشرنا إليه فتبصر **قوله** وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف رحمه الله هذا مستدرك لأن تمام الفائدة من لفظ مختصر القدوري وهو قوله وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فظاهر كما ترى وأما الغير ذلك فلعموم قوله أو نحوه فلا حاجة إلى ما ذكره المصنف رحمه الله هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر إلى الميزاب تأمل **قوله** وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة أقول فيه نوع تسامح لأن جواب المسألة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما إذا عطبت به دابة تجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب

ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج جناح او ظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير متحقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذ تعثر بنقضه انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو من التساهل **قوله** ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج جناح او ظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر غيره ليذبح له شاة فذبحت الشاة ثم ظهر ان الشاة لغيره فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر لانه غره كذا هنا وان قال للاجراء اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح القديم او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استاجرهم ليبنوا بنيانا في وسط ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر بان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكره جمهور الشراح ههنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا اخبرهم بانه ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا بهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يامرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية وتجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان الفقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الامر انه ملكي او لي حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يا باه جدا فان المصنف جعل المسئلة على وجهين احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا وان استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر

تماما حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم [illegible] على الامر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام [illegible] حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الامر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدمه [illegible] ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الامر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الامر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا للامر لا مغايرا عن عقده فلم يكن بامر الامر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان لفعل انفسهم وتقتضي ايضا ان [illegible] الوجه الاول بما اذا استاجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب الى ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الامر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت انفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول [illegible] في محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم الحملة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة [illegible] التسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح ايضا يعني صاحب العناية آخرا جوابه [illegible] حديث اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو بان يكون مباشرة من الفعلة [illegible] من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منها بل يجب الضمان على الامر وهو [illegible] استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الامر وجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل [illegible] بعده والذي سيجيء من الشارح ايضا لا بد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مطلقا الفعل او ان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه للكلام وغير مفيد في دفع السؤال المذكور كما لا يخفى **قوله** ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش اقول في تحرير المصنف رحمه الله ههنا شيء وهو ان الظاهر من قوله فيما مر انفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء ان مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر ههنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل بكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاشارة الى العلم بمغايرتهما ذكرا من قبل **قوله** واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الامر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الامر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى **اقول** ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير [illegible]

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن لأنه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة وإن كان بغير أمره فهو متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لأن المعنى لا يختلف وكذا إن حفره في ملكه لم يضمن لأنه غير متعد وكذا إذا حفره في فناء داره لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات لمعنى في نفسه والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعا فكذلك وإن مات غما فالحافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنما حدث بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه **قال** وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه لأن الإجارة صحت ظاهرة إذ لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لأن الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه

الشارح أيضا فتبصر **قوله** وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن **قال** بعض الفضلاء الأمر من السلطان إكراه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري انتهى أقول ليس هذا بسديد لأن كون مجرد الأمر من السلطان إكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال إن مجرد أمر الإمام ليس بإكراه فيجوز أن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه إكراها قول مختار فالظاهر أن الأمر ههنا كناية عن الإذن لا يستلزم الأمر الإذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسألة وذلك لأن للإمام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بإذن الإمام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان إذن الإمام انتهى ولا شك أن مجرد إذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسألة أخرى لا محالة وأما كون قوله أو أجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لأن العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناه أيضا لا يساعد ذلك وإنما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها إياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد رحمه الله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك وهو أنه إذا علم عدم ضمان الفاعل فيما إذا أمره السلطان مما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما إذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فإن أمره السلطان بذلك نعم لو قال فإن أجبره السلطان على ذلك أو أمره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تأمل تفهم **قوله** وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب إلى ههنا من إخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن إلى الطريق وبناء الدكان فيه وإشراع الروشن وحفر البئر وزاد صاحب العناية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع أقول مما ذكره من أول الباب إلى ههنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح أيضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وإن زعموا أن الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم إنهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع أنه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا إلى آخره ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام ههنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسألة استئجار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه ههنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما عدوه في الكتاب بناءها في طريق العامة أو أنهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الظلة مما نحن فيه ههنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة تذكر **قوله** وكذا إذا حفره في فناء داره يعني وإن لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكره فيما مر من المسألة المتفرعة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتأمل **قوله** وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر لأحد وأذن له الإمام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف رحمه الله أما إذا كان لجماعة من المسلمين أو مشتركا إلى آخره يأبى جدا فإن عدم الضرر لأحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين أو مشتركا أيضا فقد حصل الحكم فيهما خلاف ما إذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلأنه إذا أذن له الإمام يجوز

وان عملوا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق
الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكان
الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط
على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا
اذا حفر في فناء داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن
يعني كما اذا اذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك اذا حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم
الضمان بدون اذن الامام ايضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له
ان يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي
اما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من
جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه
الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي و
يرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي
فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك
الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى **قوله** وان عملوا ذلك
فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر
فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله انه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث
علموا انتهى اقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارته على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح
امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به
ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول
بان ذاك هو المناسب **قوله** فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه
الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان
قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى
اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر
عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به
واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي ففي ما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان
فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى
الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد ره انه اذا لبس ما لا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة ره وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة ره وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله **قال** وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة ره

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناء داره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف ره في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان **قوله** وهذا اللفظ يشتمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المصنف ره بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف ره وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان مراد المصنف ره ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتاخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا مرداع اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف ره نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف ره نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا اتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ره ذلك المتفطن النحرير على ما يأباه من له ادنى دربة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف ره وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان لبعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال وذلك ان تقول المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف ره الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

مع كون النتيجة خاصة **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا فعله احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او العشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين ههنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني ينتظرها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف رح فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا وابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس تعليم الفقه او الاعتكاف او قعد يذكر الله ويسبحه او يقرأ القرآن فعثر به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف ره ههنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف ره بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشتمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذاك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما ذكرنا اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشائخ على ذلك لجواز ان يكون مختار المصنف ره ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشائخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف ره لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور يشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لكان كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما حيث يلزم ان يدرج في اختلاف المشائخ محل الوفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالنسبة جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار اكثرهم ما اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة فتامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن **قوله** لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

في ملتبس

نايغتا

فصل في الحائط المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال [illegible]

[illegible]

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت

فصل في الحائط المائل لما ذكر احكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة او تسببا شرع في بيان احكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان حقها ان تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الحصص المذكورة [illegible] بجناح وكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا اتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها قوله والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء وما لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه اقول لقائل ان يقول في هذا الاصل ما سيأتي في الكتاب انه يصح التقدم على احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر هناك واما جواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجيء وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد ههنا من يتمكن من نقض الحائط من تمكين منه وحده او مع مشاركة غيره وعن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسألة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا اشكال

قوله والضمان في مال اليتيم اقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب لكن الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق قوله لما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل اقول كان مراده ما للفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلثة كما افصح عنه المصنف ره بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص بالفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف ره من قبلهما وفي مسألة البير بلغت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين انتهى والجواب من جانب المصنف ره ههنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لا مدار الكلام ههنا على الاكتفاء بافهام تمام المرام لكان ما زاده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى ههنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البير وحدها بل هو مسألة حفر البير وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البير دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فكذا ذكرا كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جناية

ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه متصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها فى الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى رحمه الله فى مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

المملوک ولا شک ان المملوک من الانسان ایضا مقدم علی البهیمة رتبة فکان ینبغی ان یقدم علیهما ذکرا ایضا فلم یکن القدر المذکور من التوجیه کافیا فی افادة حق المقام وقال فی غایة البیان وکان من حق هذا الباب ان یذکر بعد باب جنایة المملوک لفضیلة النطق فی المملوک ولکن لما کانت البهیمة ملحقة بالجمادات من حیث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما یحدثه الرجل فی الطریق من الجرصن ونحو ذلک انتهی اقول یرد علیه ایضا انه لو کان هذا الباب ملحقا بباب ما یحدثه الرجل فی الطریق من الحیثیة المذکورة لما ذکرت مسائل هذا الباب فی باب مستقل بل کان حقها ان تذکر فی فصل کما قالوا فی فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا یضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح قاطبة یقال نفحت الدابة شیئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهایة بعد ذلک کذا فی الصحاح والمغرب واقتفی اثره صاحب الکفایة ومعراج الدرایة اقول کون المذکور فی المغرب کذلک مسلم فانه قال فیه نفحة الدابة ضربته بحد حافرها واما کون المذکور فی الصحاح کذلک فممنوع اذ لم یعتبر فیه کون الضرب بحد الحافر بل قال فیه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول یبقی الاشکال فی عبارة الکتاب وهو ان الذی یظهر مما ذکر فی کتب اللغة ومما ذکره الشراح ههنا ان لا یکون النفحة الا بالرجل فیلزم ان لا یصح قوله او ذنبها فی قوله ولا یضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه یقتضی ان یکون النفحة بالذنب ایضا بل یلزم ایضا استدراک قوله برجلها لان الضرب بالرجل کان داخلا فی مفهوم النفحة لا یقال ذکر الرجل محمول علی التاکید وذکر الذنب علی التجرید لانا نقول اعتبار التاکید والتجرید معا بالنظر الی کلمة واحدة فی موضع واحد متعذر للتنافی بینهما کما لا یخفی علی الفطن بل التاویل الصحیح ان یحمل النفحة المذکورة فی عبارة الکتاب علی مطلق الضرب بطریق عموم المجاز فیصح ذکر الرجل والذنب کلاهما بلا اشکال تام **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بیدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بیدها دون رجلها هذا لفظ القدوری فی مختصره قال المصنف ره والمراد النفحة وقال صاحب النهایة فی شرحه ای من قوله لما اصابت بیدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه کان یجوز ان یراد بقوله لما اصابت بیدها او رجلها الوطء وقد ذکرت انه یضمن فیه السائق والقائد من غیر خلاف احد وانما الاختلاف فی النفحة ولو لم یفسر بهذا لکان المراد ان یکون ذلک بالوطء ویثبت الاختلاف فیه ولیست الروایة کذلک انتهی واقتفی اثره کثیر من الشراح منهم صاحب العنایة اقول فیه خلل اما اولا فلان الظاهر من قولهم ای من قوله لما اصابت بیدها او رجلها ان یکون المراد بالاصابة بیدها وبالاصابة برجلها کلتیهما هو النفحة ولیس کذلک اذ لا یطلق علی الاصابة بالید النفحة وانما یطلق علیها الخبط اذا ضربت بالید ولو سلم اطلاق النفحة علیها ایضا بطریق التجوز فلا یجدی ههنا اذ لا فرق بین الوطء بالید والخبط الذی هو الضرب بالید فی وجوب الضمان بهما علی السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شیء لان یکون المراد احدهما دون الآخر واما ثانیا فلان القدوری لم یذکر الخلاف فی مسئلة السائق اصلا حتی یلزم من توهم ان یکون المراد بقوله لما اصابت بیدها او رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف فی الوطء وانما الذی بین الاختلاف فی هاتیک المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسیره مراد القدوری بالنفحة لا منشأ هذا التفسیر کما یوهمه کلامهم ثم اقول الحق ان معنی قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوری بقوله او رجلها فی مسئلة السائق وبقوله دون رجلها فی مسئلة القائد هو النفحة وانه فسر بذلک لیتم قوله فی مسئلة القائد دون رجلها اذ لو کان مراده الوطء لم یتم ذلک فان وطیء الدابة برجلها یوجب الضمان علی القائد ایضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرای عین السائق فیمکنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا یمکنه التحرز عنه اقول لقائل ان یقول ان ید الدابة ایضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا یتیسر الا بالتقدم

[illegible]

والالتفات الى القدام فيغيب في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما اصابته بيدها ايضا فينبغي ان لا تقرح ذلك ايضا فليتامل في الورع قوله قال اكثر المشايخ

ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه اقول ولقائل ان يقول ليس على يدها ايضا ما يمنعها به كما كان في فمها

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيدها ايضا فينبغي ان لا يضمنه ايضا فليتامل في الجواب قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر

قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما كذلك كما

ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين انتهى وقال في العناية اخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان

موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب

انتهى وتبعه الشارح العيني اقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة

والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا عن مسائل هذا الباب قوله وروي عن علي رض انه اوجب على كل واحد منهما

الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المعنى

والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر مشيا فيكون فاسدا وعن

الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى اقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم

يكن ذلك النص متروك العمل به واما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا الا ترى

الى ما تقرر في اصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان امكن فلو كان

القياس لا يصلح حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك

في مقابلة السنة لا محالة والصواب في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المصنف ره بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرنا من المعقول الذي ماله

القياس بعد ان تعارضت روايتان لا انا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرنا من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا فبقي ههنا شيء وهو انهم

صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي رح جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رض وتساقطا فكان المصير في اثبات قولنا

الى ما ذكرنا من المعقول الذي ماله القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس ايضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان في الجواب بل الاستحسان لا ينحصر في النص

إنما الإرسال وهو صالح فيه لأن تسبيب لا بوصف التعدي **قال** ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا ما روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالإجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا مطلقاً ما يقابل الاستحسان بوجه من الوجوه كما في القياس الجلي فلا إشكال **قوله** أما الإرسال فلأنه طريق ذبحه فالإمام قال بعض الفضلاء لم لا تقيد بشرط السلامة انتهى أقول جوابه ما يفهم من قول المصنف ولا بسبب إلا بوصف التعدي فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة إذ الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضموناً عليه فأما إرسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لأنه لا يمكنه الاتباع والمسير في الأماكن لا يضمن إلا إذا كان متعدياً انتهى تبصر **قوله** ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانها على المعطوف عليه كان من حق الفقهاء أن يقول من الإرسال وأخته أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق والقود لما كان أختاً للإرسال كان الإرسال أختاً لهما أيضاً والإيلزم جعل بعض أسباب التعدي أختاً وبعضها أختاً من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لأنه ليس ههنا مؤنث معنوي حتى يناقش على ذلك انتهى أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فإنه لم يقل كان من حق الفقهاء أن يؤتى بأداة التأنيث البتة حتى يقال ليس ههنا مؤنث معنوي يقتضي الإتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال على سياق ما قاله أو يقال من الإرسال وأخواتها والإيلزم جعل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار أن في ظاهر لفظ كل أحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر تقف **قوله** لنا ما روي أن النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به انتهى أقول في الجواب نظر إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز أن يكون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم إذ قصد منه اللحم كما يقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى **قوله** ولأن فيها مقاصد سوى اللحم إلى آخره أقول في كلام المصنف ههنا إشكال أما أولاً فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وأن كلا منهما داخل في المدعى ههنا وأما ثانياً فلأن قوله فتشبه الآدمي في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف لأن الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف وأما إيجاب الربع فمجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الأداء أن يقال فعملنا

ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا **قال** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة **قال** ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير لا بالايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى يضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه اذا الركن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مواخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي المصنف رحمه الله الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملا بهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما انتهى نعم مراد المصنف ايضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى **قوله** ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله** ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد في فعله فيترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب الغاية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله علة فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغني عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطئ لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان مسببا فيترجح الناخس في التغريم للتعدي انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فعند ذلك لا اللهم الا ان يحمل احدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتامل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما يجيء به التصريح في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الآمر فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اقول لقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اتلف بالوطئ لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر اولى كما صرحوا به سيما في مسئلة الراكب والسائق فما بالهم جوزوا ههنا اضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية يقتصر الضمان على الناخس اقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه سببا لجناية الدابة ولا يلزم منه ان لا يوجد ههنا سبب آخر ومباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا اقل من ان يكون ايضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المصنف رحمه الله بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في الغاية قوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطئ في مدة نخسه

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه او يفديه على ما مر جوابه اذا كان النخس باذن الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حينئذ فيه ان في صورة التلف بالوطي في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما مر آنفا ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت نفحة الدابة نفحة او وطيا فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعل الآمر عبدا كان المامور او حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذ الحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل له انتهى تامل

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شيء وهو ان لقائل ان يقول ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك اخره من جانب آخر لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك انتهى اقول فيه ايضا شيء اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب والسائق او القائد فممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقات عين انسان او افسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هاهنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فليتم التقريب **قوله** والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رض كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رض كما هو مذهبه فانهما قالا عبيد الناس اموالهم وجنايتهم في قيمتهم اي اثمانهم وقال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رض انه قال اذا جنى العبد فان شاء مولاه دفعه وان شاء فداه وعن عمر رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رض مثله وقال في معراج الدراية روي عن علي رض انه قال عبيد الناس اموالهم جناياتهم في رقاب الناس كمذهبنا وكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروي عن عمر رض مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم والثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا فانه قال اذا جنى العبد فان شاء مولاه دفعه وان شاء فداه وكذا روي عن علي رض ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رض مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم وجنايتهم

ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي رض وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بحضرة من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني الى آخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي رض جعل وجوب موجب جناية في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يقبل الطال ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى ههنا كلامه اقول جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي رح ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله للمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كله تقرير المصنف رح فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي رح ان يقول كما ان حكمكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي رح هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكر ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا الحجة على الشافعي رح هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى **قوله** والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذ العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية للوقاية اخذا من التسهيل كما هو عادته في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظ العاقلة انما تطلق على الجماعة اعني الجماعة كما يفصح عنه كلام ائمة اللغة وكلمات اهل اللغة ايضا فان الفقهاء قالوا العاقلة هم الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهي الدية كما تقرر في اول كتاب المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون من ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بها في الحديث الذي هو لا يعقل العواقل التي هي الجماعات لا يعقل عبدا كما لا يعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة هو ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يلزم مولاه الجناية فقول المصنف وغيره ههنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكره ههنا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له فإن لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى **قال** فإن فداه ثم جنى فهي كالجناية الأولى معناه إذا جنى بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية **قال** وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها **قال** فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا لأن فعل المأمور مضاف إليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق بخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر

أو جنى على الحر لا العقيلة العاقلة فتنبه **قوله** وأما الفداء فلأنه جعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل غير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو في غيرها أشبه الدية والأرش وماهيتهما أن يكون مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط وقد صح فيه جانب الحلول الأصل فيه ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال لموافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى أقول بل هو كلام قبيح لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمرا لازما أو راجحا ينقطع السؤال عن أصله ولا يبقى حاجة إلى المقدمة في الجواب عنه بتعسير إثبات المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وإن لم يكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضروري فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال فيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به انتهى أقول فيه بحث إذ كان حاصل السؤال أن كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمر ضروري هو أن الأصل أن لا يفارق في الحكم إلا بأمر ضروري ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري إذ الظاهر أن معنى كون الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمر ضروري هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير بنفسها إلا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكم ما يتبعه إن تغيرت بنفسها إلا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتفهم **قوله** وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش أقول فيه إشكال ينافي الحصر إذ قد تقرر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكوة فإذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع حتى ما هو الواجب الأصلي في جناية العبد فإن لم يختر فيه فما معنى حصره في الأرش بقوله لا حق له إلا الأرش وهل يكون هذا إلا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق به **قوله** وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد به قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها وقيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها كذا في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا لأن تأخير التعرض للإطلاق في أول الباب إلى ههنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد

وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طوق اليمين وهو المنع فلا يدخل تحته ما لم يرد بالمنع ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فيكون اختيارا منه قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون اولى ان يرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال** واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه والمولى انما يضمن لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال** واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية **قال** واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف رحمه الله واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير **قوله** وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة اقول في التعليل شيء وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله اذا كان لذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ ان ينتقض هذا التعليل بما اذا ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما صرح به في مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب ان نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فانه اذا رضي ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا. ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فنقصه وان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذاك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يستوفون حقهم اذا دفع العبد اليه فيستوفونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف رحمه الله الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن وكان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتأمل **قوله** ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتقه وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان المصنف رحمه الله صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقال وانما يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع ههنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشائخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ما ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد رحمه الله بن الحسن ان الموجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع ههنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد **قوله** والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم ان القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري وكان موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع الا يرى انه اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيندرئ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم ايضا ههنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه **قوله** اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اقول يرد عليه انه ان اريد بقوله

[illegible]

ملكه ومالا في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال له ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية وللمعان ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه

الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها ان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرح في اوائل كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد بذلك ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرره حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق راسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو ايضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى

قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب العناية هذه المسئلة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة التي جوابها كون القول قوله ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله ليس مطابقا لما يحتم به المسئلة وانما ذكرها هنا بطريق الاستطراد لا الاصالة فلا يصح بناؤه على هذه المسئلة التي كان الجواب فيها على قول ابي حنيفة وابي يوسف كما صرح به في الكتاب على ما حقق فيما **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رح انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه نبذ من الاختلال اما اولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له ان يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه وهو مستامن تدبر **قوله** وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا الى آخره قال صاحب النهاية واصل هذا ما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا يضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء

فصل ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً وصار كقليل القيمة وكالغصب ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية فكذلك الدية

لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو أن فضولياً لو باع عبد إنسان كله وفضولياً آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعاً وكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداءً لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف رح ومحمد رح في مسألتنا هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعاً كما في مسألة الفضوليين ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصل تعلق الحق ليس في عين العبد بل في الأرش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطاء في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفاً كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذا هنا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشترك في العين ابتداءً إلى هنا أشار الإمام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير إلى هنا واقتفى أثره في هذا الشراح والبيان صاحبا الغاية ومعراج الدراية أقول فيه نظر لأن المصنف رح صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول أبي حنيفة رح في هذه المسألة على أن الأصل تعلق الحق ليس في عين العبد بل في الأرش وهل يقتضي هذا أن يكون الواجب الأصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم إن قول المصنف رح في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ههنا لأن الحق تعلق بالرقبة يأبى عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رح في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الأداء وقال في النهاية وغاية البيان إنما قدم جناية العبد على الجناية عليه لأن الفاعل قبل المفعول وجوداً فكذا ترتيباً أقول فيه بحث لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجوداً فهو ممنوع إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلاً يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وإن أريد أن فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجوداً فهو أيضاً ممنوع فإن الفاعلية والمفعولية توجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه إذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولأبي حنيفة رح ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه الاستدلال أن الله تعالى أوجب الدية مطلقاً فمن قتل خطأً حراً كان أو عبداً والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضاً خطأً هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا يتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا يتفاوت ديات الأحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وإن كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل **قوله** ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

وفي تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه تقديرا بالمعقول كثير القيمة دون قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف وتنقيص منها
في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتحقيق فضله عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما **قال** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة
لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد
كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان
المالية **قال** ومن قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه في من له الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى
وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين مختلف بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى
المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالاختلاف والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية اصل والمالية قائمة بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدر الآخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف رح بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي حتى يلزم اهداره تفكر **قوله** وفي تقليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمة رأيا اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع ايضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع وايضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم **قوله** وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة ههنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال اصل المسئلة ذكر ههنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد وفقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه حيث يجب في الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة رح ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعا للدليلين تبيينا للمسئلتين في البيان في موضع واحد **قوله** وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه في مستحق الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه اعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القته ميتا فمات الولد بانه تعتبر حالة الضرب فتجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشرحه مفصلا في اواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما صرحوا به ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط **قوله** وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى ويحتمل ان يرجع الضمير في وفيه الى تعذر الاستيفاء لكن يؤول ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى الكلام لا في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام اي كلامنا في اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه ههنا فتحقق تعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل ما في قوله وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف رح ههنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي لان المصنف رح عبر

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وهو الاثبت لثبوت الولاية للمولى فيستوفيه [illegible] معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء [illegible] الاول [illegible] ولا اعتبار [illegible] ملك اليمين [illegible] المال [illegible] لذاته بل لا شتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال ففي الخطأ على اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه [illegible] اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه [illegible] يكون الحق له [illegible] استيفاء القصاص [illegible] المولى [illegible] وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني **قال** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف العين فبقيا مملوكين في حق الشجة [illegible] والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه [illegible]

قال فيما قيل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مرتبا به بما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فالعجب كيف يحتاج ههنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وبما يكون هذا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى **قوله** فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا انه يحترز به عما اذا ادعى الآخر على الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد بعدم محل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه اما اولا فلان المصنف ما استشهد بعدم محل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما يرى واما ثانيا فلان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك وبشبهة الحل لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الحل الاول تقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطء بقي الحل الثاني بلا توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو ما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ العناية التي رأيناها بالاتفاق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يندفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال المقصودة لانها ليست الا من الفروج فان كان مراده صاحب العناية فانه استشهد بعدم محل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشراح بان يقال الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون هو اولى مشترك الالزام فتامل تفهم **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله وذلك لان ام يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن القصاص ولا القصاص وانما يفضي النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها بقي الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في النهاية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب الية للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه ان اراد بالسؤال انه ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا حاصل للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد رحمه الله في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به انه ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور وجه ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه ايضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد رحمه الله تحققه فتدبر **قوله** وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال ففي الخطأ على اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت [illegible]

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

بحريته فجاء الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المص في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقيق الاشتباه المقتضي لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد يبقى على اصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطاء والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتامل في الدفع **قوله** وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتامل في التوجيه **قوله** ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا ساقط بالاجماع يعني لم تعتبر المالية في الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا انتهى جملة ما قالوا اقول على هذا المعنى يكون كلام المصنف ههنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان فيه اي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك ان المالية التي هي ادنى بل المالية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول كلامه ههنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عند ائمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب الغاية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه انتهى وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس وانما فهما بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف ره هذا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا تتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف ره المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال في اي العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يزاد على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل

وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم في الاولى تنصيص ... الاحكام الثانية ...

فصل في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختيار الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

المائة سنة صدر الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح وان كان في استفادته من عبارة المصنف رح ههنا تمحل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل ابي يوسف رح وكلامه ههنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعي رح من قبل ائمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد ان يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك بالجملة ان كلام المصنف رح ههنا ليس تجال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك اسلوب تقرير المصنف رح ههنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته ان يقتفي اثر المصنف رح في وضع المسائل وتقرير الدلائل **قوله** وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا اقول الظاهر من هذا البيان ان المالية والآدمية معتبرتان معا في ذات العبد اي نفسه وفي اطرافه ايضا عند ابي حنيفة وقد مر من المصنف رح في اول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند ابي حنيفة رح ومحمد رح هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما وكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا ان يحمل قوله ههنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

فصل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وام الولد دون الرق كما صرح به بخلاف المكاتب فانه على العكس انتهى اقول في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وام الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي الكملية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وام الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وما اشبه ما لا انهما لا يصلحان لذلك عندنا على ما عرف ايضا في محله ولا يخفى ان الكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وام الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد افصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد تبصر **قوله** عملا بالشبهين قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التاخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملا بشبه المقارنة فشركنا ولي الثانية لولي الاولى كما دل عليه قول المصنف رح ولان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة اخرى في تضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر انتهى وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر معنى الاول ولم يتعرض له بشيء اقول فيه خلل لان العمل بالشبهين مرة واحدة مما امكن على ما عرف في موضعه فلما امكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح ذاك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان العمل بهما موقوفا على مجموع

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وكيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقيق العمل بالشبهين بان يجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان يجعل متاخرة عنها من حيث ان اعتبر قيمته يوم الجناية فلم ينتقض العمل بهما هو المطلوب ههنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما اولا فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب ما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتامل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيها وارد عليه ايضا كما ترى قال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جناية مع غصب هما وذكر الصغير لانه قيل الكبير ثم جر الكلام الى بيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيه يعني قول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان لم يكن التقرير احسن منه تدبر قوله

والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الى آخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب قضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة وحكما وانما الثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما اذا جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان او رد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا تثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا فلا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط لانه لو وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سنده فليس بتام ايضا لان المحذور في ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما استحقه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوضا عما اخذه

وعلى ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا اخذ منه يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى القيمة بينهما نصفان ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب هذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية

قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيلزمه قيمة واحدة ولهذا التحرير يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه عوض ما اخذ الا ان النصف يستحق حق الاول وقد وصل فقال الا انه قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم الى ولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق

ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فالصحيح ان ما اخذه المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الاولى ينبغي ان يسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد لما انه قد

صدرت من مدبره حال كونه في يده والعمدة في مثل ذلك على ذوي الايدي دون غيره كما لاريب فيه وعن هذا افترق محمد رح بين هذه المسئلة وبين المسئلة

التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى يملك ما قبضه من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية

الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في

تقريره مساغ التخلص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تامل تفهم

ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابا عما قال محمد رح قال

قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى

لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن شيء في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى

منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا انتهى **قوله** ولهذا ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى

في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع

القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما فكيف يكون في حق التضمين لا غير والاول متقدمة حقيقة فاذا انفردت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع

انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية

الاولى كما ارشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في

حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة

مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر و

ليس الامر كذلك بالاجماع فليتأمل في الجواب الثاني **قوله** ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لاستيعاب الاول اقول لقائل ان

يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي

وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية

لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان يتعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف

القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حصتيهما اذ قد مر في الفصل السابق ان جنايات المدبر وان توالت

لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة واولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق

ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف رح لا حق له الا في النصف ينبغي ان يدفع المولى ما رجع

به على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه

بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب باختيار الشق الثاني

ويقال في الفرق بين ولي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بمزاحمة الثاني [illegible] لا يسقط بالكلية حتى يقال انه ايضا

قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق ... بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي قال محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد مانعة فلا تبقى مستحقة للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ... بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال ... واذا استهلك ...

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ... وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه

يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية تبرا حم الاول وذلك لانه لاحق فيه الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا الاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان لعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم ينعقد سببا موجبا للاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما يتيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** لانه في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا من الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه انتهى اقول هذا النظر ناش من غلط في استخراج مراد المصنف رح فان الشارح المذكور زعم ان مراد المصنف رح بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف رح بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب اول مرة وهو النصف الذي كان حق ولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب اول مرة في ضمن رجوعه عليه في الكل فلا اتجاه اصلا لما قاله ذا بعد التحقيق الشامل

باب القسامة لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح اخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر قسم قسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر اقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الادب واما في الشريعة فهي ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في العناية اقول فيه قصور فانه يخرج منه ما لو وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب ولا يقال عنه ينبئ الكلام على اهل الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يزاد عليه قيد ويقال هي في الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به اثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية فاما تفسيرها شرعا فما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال في القتيل يوجد في المحلة او دار رجل من المصر ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا تخفى فان ما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في اول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية واما شرطها فهو ان يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وان يكون في الميت المتوجد اثر القتل واما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفي غاية البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شرطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي فان حلفوا لا دية عليهم وللشافعي رح في البداية بيمين الولي
قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب
ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انهم يختارون من يتهمونه بالقتل او يختارون صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل
لان القسامة يمين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين
حق المدعي وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد
اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا
في دار مولاه نص في البدائع على ما يتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في
دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون
المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فيما اشتراط الحرية في
القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى اقول
فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول في امكان توجيه ذلك
احتمالان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث
شائعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسئلة عند ابي حنيفة رح ومحمد رحمه الله وهي ما يجيء
في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف رح القسامة
على العاقلة ايضا فكانت المرأة اهلا للقسامة في الجملة عندهما **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول في تحرير المصنف ههنا قصور بل خلل
اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على
واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او
ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه
بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي رح ومالك رح وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اي منهما ومن هذا
حمله بعض الشراح على الشافعي رح وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان المعرف
باللام كجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف رح في باب اليمين من كتاب الدعوى
حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى عليه
من اهل المحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع انه يستحلف خمسون رجلا من اهل المحلة غير المدعى عليه ايضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء وجعل اطلاق جواب الكتاب
دليلا عليه وقال وكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث
المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان يثبت به المدعى ههنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المذكور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة
تنافي الشركة وقد اشار المصنف رح اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختار اعمى او محدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله
عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في
سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس

من انكر قسم ما لقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما تقتضي ان لا يكلف المدعي
لا ان لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من اهل المحلة نعم يلزم ان ينتقض بهذه الصورة قول المصنف
في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل تقف **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح
على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح اقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل
حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي بما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم
المصير الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع
بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال
ولهان يختار المشائخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال
على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غير اهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة
عن انفسهم كما صرحوا به ويجي في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم رأسا ولم ار احدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع
فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين
رافعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل
انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روي من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما
من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطاء صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط
الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجاز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان
يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الجانبين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في
الطواف لاظهار الجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني ان لا يمتنع ان
يكون واحد منهم صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي هو
بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية
والقسامة في حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية
من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح ههنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله يبرئكم اليهود
بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة
شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر آنفا ان ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده
او بمائة من ابل الصدقة على سبيل الكفالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل خيبر اليهود وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا حيث قالا بعد نقل
الحديث ثم قيل انما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الكفالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير يجوز له واهل الذمة من اهل خيبر اليهود حتى جاز عنهم

وكذا اليمين مشروعة فيما وجب له القصاص والقسامة ثم تجب الدية اذا نكلوا لا شرعت لنظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطاء ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطاء فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه على القتل يمينا واحدا ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

صرف الكفارات اليهم ولا يجوز صرف مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى حديث عبد الله بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسال الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشاء البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تحرير **قوله** وكذا اليمين مشروعة عما وجب له القصاص والقسامة مشروعة لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت لنظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولان اليمين عهد بالشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطاء فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطاء يحلف اهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطاء فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا خطاء فلو تحرزوا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم ظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطاء كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا ضير في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطاء استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما جاء في الكتاب فتأمل وان حمل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف ره هنا وان كان يرى تعسفا في بادي الرأي **قوله** ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم اقول الوجه ان يذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا باباءهم لانا الآن بصدد بيان موجب اباءهم واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعي ره لا ملزما كما في سائر الدعاوي يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي فالدافع له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا باباءهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا باباءهم كما لا يخفى **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا اما اذا ادعاه خطاء فنكل اهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم هنا بمثل ما قيده به تاج الشريعة

روي لا يستحلف ... يجب بقسامة والدية على اهل المحلة لانه لا ... في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ما
ليس فيه نص ... فلو ... ذلك ان ثبتت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص ...
ثم ان يحلف ... والدعوى في المال ثبت ... في القصاص فهو على الخلاف مضى في كتاب الدعوى **قال** وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم
خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما
مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد
كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال **قال** ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
صحيح **قال** ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها **قال** وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت
حياته بسبب يباشره الحي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على
كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه ...
بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف
ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم

الا ان صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان ابوا المراد عن الولي العمد ولو ادعى الخطأ
فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى ان ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا اقول لا يذهب عليك ان الظاهر من اطلاق جواب مسئلة
الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على
البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطاء ان يكون الحبس اي ان يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطاء ومن اقرب
اصحاب المتون قاطبة اطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا اطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا اهل
سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكان صاحب الكفاية بينه لهذا حيث قال في صدر الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا
عند الشافعي ره ان حلفوا او ابوا واما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها ايضا على الاطلاق كما ترى ثم اقول التحقيق ههنا
هو ان في جواب هذه المسئلة روايتين احدهما انهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة والاخرى انهم ان نكلوا لا يحبسون
بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطاء وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره وقد افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم
في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رحمه الله
انه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن ابي مالك هذا قول الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو قول ابي يوسف ره الاول الى ههنا لفظ المحيط ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو انه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى ان من ادعى قصاصا على غيره
فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف
ومحمد ره لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك ان يكون موجب النكول في القسامة ايضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند
ابي حنيفة ره ومحمد ره وان ادعى ولي القتيل القصاص مع ان المذكور في عامة الكتب ان يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف
فيه من ابي يوسف ره ومحمد ره كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر ايضا في المحيط والذخيرة انه روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره انه يقضى بالدية في
القسامة ايضا عند النكول لكن يبقى الاشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول ابي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد ره قطعا فتامل في الدفع

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه
بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص لو ورد على خلاف
القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد ان يكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسب
الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما
ادعى الولي القتل على بعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب **قوله** ... النص ...
اليمين على ابيهما اقول يشكل اطلاق هذا القول الى ابي حنيفة ره ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب ... انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ره ومحمد ره
عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف ره فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه
القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وتصلي على من تجب
في هذا تتشعب من هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير

من الجواب مما فيه من الخلل **قوله** لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري
فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما
وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم
تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف و
معه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن في
تلك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الراس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب
اللهم الا ان يقال النصف اذا كان معه الراس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الراس وكونه اصلا كما مر جوابه فيصير قول المصنف رحمه الله الا ان للاكثر حكم
الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف رحمه الله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله
او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل
والنصف الذي ليس معه الراس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه الشناعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف رحمه الله بخلاف الاقل الى آخره وما سواه
ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف رحمه الله الا ان للاكثر حكم
الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة
النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى
قوله ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك
لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع مكررتين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس
كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف رحمه الله حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين
تتكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب
من المال بمقابلة دم الانسان فكيف يتصور ان تحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين
نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك
التوجيه **قوله** والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل
مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب
القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب كما لا يخفى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء قصور من وجه الاول

به اثر الضرب فهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا **قال**
واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم **قال** وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر
ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم
بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا **قال** وان وجد القتيل في دار انسان
فالقسامة عليه والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو
عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة
دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج **قال**
وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل على الملاك
والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى
ذلك على ما شاهد بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم
لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم
نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة **قال** وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل
يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة **قال** ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو
على عاقلة البائع وان كان فيها خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون
الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق
وغير تامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسألة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار
هنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره
اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل
تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان
ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا لا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح
ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وهما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق
في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق
في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا تجب الدية بالقتيل الموجود منهم لظاهر وجود القتيل بين
اظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو
اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار
امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان
يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي المقاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان
قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه و
سلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب
فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث
حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا
فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل
ومثل دمه بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية يعني دار الحيز العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمه ثمة **قوله** وافاده

لانه انما ينزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ... للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار ... حتى يصير ملكا له ... وقالا هي على عاقلة الذي في يده لان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار للبائع قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يد المشتري مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ **قال** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لابد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلابد من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وهكذا ... لانهم الظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فرع المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرتهم هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان **قال**

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احديهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف رح فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه واجاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف رح ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا واما ثانيا فلان قول المصنف رح فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما ينزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف رح مشكل لانه ان اراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى ان الولاية تستفاد بالملك لا بغيره فينتقض ذلك بما مر من ان السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة كما لا يخفى **قوله** ولهما ان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد اقول هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد مطلقا اي سواء كانت يد اصالة او يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرح به قاطبة فلو امكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما صح ذلك وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه تقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا تقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من اصل المسئلة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة ينكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على التعليل الذي ذكره المصنف رح بقوله لانه لابد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه وهذا ينافي ما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة للملك كما في المسئلة المتقدمة ايضا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل التعيين كما مر تفصيله

وقال

قال وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم، وجه الفرق قد بيناه من قبل وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه **قال** وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه إلا أنه يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم أبا حنيفة رحمه الله أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل إن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك إلا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكرابيسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك إلا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا لم يقع النزاع بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في تلك المسألة إذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فإذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع إذ ذاك يد الملك إذ ثبوت يد الملك لا يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا له فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أريد بيد المالك غير معناه الظاهر أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وبالجملة لا يليق أن يعد ذلك أصلا لإمامنا الأعظم فعليك بالتأمل الصادق **قوله** وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط وقد بيناه من قبل قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتفى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله وأما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف رحمه الله هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى **قوله** وجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم أقول لقائل أن يقول إن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الأمر حينئذ فإن ابتداء الأمر إذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وإن كان منهم ولا شك أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وإن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع إذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى إذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا فإن قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم من يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف رحمه الله فيما بعد وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذاك إنما يظهر إذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة وأما إذا لم يعلموا ذلك بأن كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة ليشكل بما إذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه فذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لأن دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون إبراء لأهل المحلة عن القسامة فإن القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فإذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندي دراية والله أعلم بالصواب **قوله** ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه أقول يشكل هذا التعليل بما إذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فإنهم أيضا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي فإذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت ومن هنا اتضح ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين **قوله** وإذا التقى قوم

وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس **قال** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما تقدم من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا

بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يجيئان مقحمين كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال اقام بين اظهرهم اي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة وانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية اقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على اهل المحلة ولا تجعلون ذاك الظاهر وهو كون قاتله خصماء من غير اهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن اهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر في الجواب ان يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتي مثل هذا عن قريب **قوله** وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا اشارة الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من ايهما ترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكافر في مثل ذلك الحال ويقتلون مسلما واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمه جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء عنا في المصير الى الفرق المذكور نظر فان الظاهر صالح لدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمه لو كان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على اهل المحلة للنص انتهى اقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا لانا لا نسلم ان الظاهر ثمه لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز ان يكون حجة لدفع القسامة والدية عن اهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم ان يكون هدرا كما في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى ما ذكره المشائخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته **قوله** ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح قال صاحب العناية اعلم ان المصنف رح قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على عاقلة [illegible] يعم الصورتين جميعا اي صورة كون عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة كون عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيصه حكما بالصورة الاولى وجعل الاشارة الى [illegible] تقديره متناقضا لا يمكن اجتماعهما [illegible] بتقدير المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني وعدم تقديره على التقدير الاول كما يشعر بقوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع ان يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته اي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل وينافي [illegible]

وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب قال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك

الصورتين معا اما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلته وعاقلتهم اذا اتحدتا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى ههنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رحمه الله في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رحمه الله فديته على عاقلة لورثته اي على عاقلة ورثته لورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم ثم قال والدية على عاقلته في الظاهر هو ان عاقلة الوارث والمورث متحد وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فلا يرجح ما قررناه من قبل تامل ترشد **قوله** ولان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم ثم انها يجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلة لورثته في ثاني الحال لكن نصيبهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا بمثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي ههنا اشكال قوي وهو انه قد مر ان دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتحمل فليتامل ثم اجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى اقول ليس بشيء اما اولا فلان الدية اسم لما قدر شرعا من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلة لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان يكون ورثة او غير ورثة كما صرح ذلك المجيب يكون الورثة ايضا من وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول بهذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير كتاب الديات وهذا يوجب كونه مؤديا الى التكرار لمسيس تامل في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلثة او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس ذاك بسديد لان مداره ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات وقد استوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي ان يذكر الباب او الفصل لكون المذكور ههنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها امر مغائر للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب فكان ذلك [illegible] انما اعتبر ذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه نعم وجه سديد ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطاء وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها **قوله** والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما تاما مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطاء كلاما تاما مستقلا ايضا فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطاء ولا يخفى ان مستلزمه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطاء مستدركا لا طائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطاء قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل ويفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطاء على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي ان قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء صفته اي الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطاء وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطاء وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور اصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب

قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة احاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور المدعى وهو التقدير بثلث سنين وايضا يجوز ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين وافية بتمام الدية لقلة احاد العاقلة فلا بد ان تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التأجيل بثلث سنين لا التأجيل مطلقا **قوله** فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما مر جوابه والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر انفا فينبغي ان يختص التأجيل بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ايجاب عندنا بل مؤجل بثلث سنين فقال بل يكون دفعة **قوله** ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقابل اي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ يلزم ان يكون قول المصنف رحمه الله معناه في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين ما يخرج في العام

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس

ويمين خرج العام القابل ويعني امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل العام القابل بطريق تعجيل عطاء عطية العام الآتي ايضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى ثم في السنة الاولى ايضا كلام وهو انه قال في جواب هذه المسألة يؤخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية انما تؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة جميعا لا مما خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل اي لو خرج لعاقلة القاتل فتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى **قوله** يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اذا رام خرجوا منها عن سنن الصواب اذ الظاهر ان قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل يصح حمل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا او بالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو اصل المسألة ومقصود بالذات ههنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا يقبله الفطرة السليمة على انه لو كان مراد المصنف ذلك لما اخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله معناه في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين اقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر ان خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر للضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله ثم ان هذا كلام مما لا يستر به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبرا لما قبله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق في تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين **قوله** ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس يأباه اي القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا اما اولا فلانه لو كان معنى قول المصنف رح ان القياس يأباه هو ان لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء عدمه والمخالفة انما تتحقق في الثاني دون الاول واذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطاء مؤجلا ان يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهي اي حجج الشرع لا تتناقض ان الحجة المعمول بها لا تتناقض فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد بينوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا احكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور انه رفض ههنا عدة من القواعد العقلية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل [illegible] ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مر في اول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء وقالوا احترز به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قد مر في كتاب الجنايات انه لو قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من

وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور. قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل. قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح. قال (وإن لم يكن في تلك القبيلة من يتسع لذلك ضم إليهم أقرب القبائل) معناه نسبا، كل ذلك لمعنى التخفيف، ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم، وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون، وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب، ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به، ثم هذا كله عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف.

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية، وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم.

جميعهم وقال في الوافي في بيان وجهه إن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لأن القتل لا يتجزى فجاز التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزى وقد صرح في كتاب الديات أنه قد روي أن عمر رضي الله تعالى عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق قوله وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته قال الشراح في بيانه لأن ضمان المتلفات إنما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى المثلية وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بقضائه إلى المال انتهى أقول فيه نظر لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلته وذلك نعم إن قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي بإطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى قوله وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الإخوة فممنوع كيف وإخوته أبناء أبيه فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل قوله وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسيره العطاء بما ذكره لا يلائم مسألة مرت فيما قبل وهي قوله تخرج للعاقل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فإن المفهوم منها جواز أن يفرض للرجل عطاء في كل ثلث من السنة فتخرج له في سنة واحدة ثلث عطايا والظاهر من تفسيره المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف رحمه الله قبيل تلك المسألة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف رحمه الله والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الأكثر الأغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لأن محمدا قال إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول إن صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الأول الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق فالفرق بينهما أن العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر

او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري فرض العاقلة الدية في عطاياتهم لثلث سنين فان لم يكونوا اهل العطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني اولا بقوله فالفرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثانيا وعلى ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية انه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور ان المسئلة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر والعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا **قوله** وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى اثره في تفسير هذه المسئلة بالوجه المذكور اكثر الشراح منهم صاحب العناية اقول هذا مشكل عندي لانه قد مر في الكتاب ان من لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلة من لا يكون من اهل العطاء في الديوان قد لا يكون ايضا من اهل العطاء في الديوان [illegible] اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل بالضرورة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطاء وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية التي ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء والعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره تقتضيه **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية ان قوله ههنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة تخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ذكر فيها المتأخرون ان المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك قيل وليس بصحيح لان وضع المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تعد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال انه لما لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد يستلزم [illegible] الدية انتهى اقول فيه نظر لان [illegible] القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة [illegible]

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر

ممنوع فانه اذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد رحمه الله كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتاخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا ان تعليلهم اياها يقتضيهم لا ما التزمنا فانهم قالوا يشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل ولا الفرق بين العاقلة حقيقة والقدرة قاتلة بل تقتضي قياس المشترك قاتلة على ان العاقلة حقيقة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة المتقدمين ولا على قاعدة المتاخرين كما لا يخفى على المتامل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتاخرين ان المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتاخرين وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رحمه الله انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل انه لو وجد قتيل في دار امرأة تشارك العاقلة عند المتاخرين الا انه يمكن ان يكون هذا على رواية المتقدمين ان المرأة لا تدخل في التحمل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قدم قبيل كتاب المعاقل ان القتيل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وذهب المتاخرون الى انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم ههنا قلت ثمه ايضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتاخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب ينبني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض فالجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها لنفي التهمة بالقتل فانها تختص بها دون من عداها والقسامة اذا وجبت على الجماعة تتعلق بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا فيدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تتعلق بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجبت عليه ومن لا فلا فيدخل المرأة انتهى كلامه اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لا لنفي صلاحيتهم للقسامة مطلقا اي سواء كانوا منضمين الى الغير لتكميل الخمسين او كانوا منفردين وحدهم لزم ان يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في امر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الغرض ان عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية للقسامة حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى واما ثانيا فلان ما ذكره من ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تتعلق بالنصرة واذا وجبت على الواحد تتعلق بتهمة القتل من عند ياته لا يساعده العقل ولا النقل اما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احدهما بالاولى والاخرى بالثاني دون العكس او الجمع تحكم بحت واما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحد من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مر الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر **قوله** والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في اول باب جناية المملوك ان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبني على الغالب انتهى اقول لا ارى بهذا الجواب في قول المصنف رح هناك خلافا بعد قوله انهم يتعاقلون فيما بينهم وان ملكة المنفي تقتضي العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد ههنا نفي الوقوع اي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد

ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا

قوله ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في اداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم اهل الكوفة فهم المقصرون في مراقبته وقد وقع ذلك منهم فلا شك ان عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على اهل البصرة فكان ينبغي ان يقضى بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمة ان خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علة وقد تقرر عندهم ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشيته ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى آخره ولا محالة ان يقضى بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال ان يقضى بالدية على اهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب الدية عليهم حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد ان يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر

قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء عليهم بحيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الى آخره قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله انتهى اقول نقل بعضهم مقالة مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضي به عليهم ولا شك ان التكثير لغاير النقل بل ينافيه ومن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت تلك المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تامل تقف

قوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال في النهاية والدليل على انها لا تتحمل ما دون نصف عشر الدية ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول يرد عليه ان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ارش مقدر هو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لامكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض كل واحد من قولهم ان القصاص لا يجب في عمده وقولهم ولا يتقدر ارشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب العناية اصلاح المقدمة الثانية اعني قوله ولا يتقدر ارشه حيث قال [illegible]

والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده وهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف

ضمان الاموال ثم قال فان قيل ارش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة قيل له ليس لارشها مقدر بنفسها بل هو مقدر بغيره وهو الاصبع وانما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له ارش مقدر بنفسه انتهى لكن يتوجه المقدمة الاولى وهي قوله لان القصاص لا يجب في عمد بجروحة تدبر **قوله** والاصل فيه قول ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رح جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قاله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن ذمته ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول ايضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما **قوله** لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف رح في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى وقال بعض الاولى ان يقال اذا ثبت القتل الخطاء بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى ان يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس كلام المصنف ههنا اصالة في الدية ولا في التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطاء قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا اقتصر المصنف رح البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله الاولى ان يقال الى آخره انما يفيد كون الدية موجلة الى ثلث سنين في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان ههنا هو الثاني دون الاول واما ما ذكره صاحب العناية ففيه الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا اولى وبهذا يثبت كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتاجيل الدية فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فههنا اولى انتهى **قوله** وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المصنف رح بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل انه لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا ان

ولم يوجد قوليه تحمله العاقلة كما في البحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك وهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال لكن ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف وبخلاف منه وان العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتاً من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجباً على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم ادت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هذه عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكماً فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه ومن احكم هذا الاصل متأملاً امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هناك ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد بين طرفي الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى فينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور ههنا يجري هناك ايضاً مع تخلف الحكم ايضاً وان كان مراده بما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره ههنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم الدليل المذكور ههنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رح فانه يعتبر المالية والآدمية معاً في اطراف العبد وانما يتم هذا على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان الكل تماماً يعني عبد الانسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين ائمتنا فلا معنى لان يبتني دليلها على اصل بعض منهم دون البعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احد قوليه تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك وتبعه في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك احد من سائر الشراح اقول لو كان مراد المص بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلثة لكانت حوالته ههنا غير صحيحة قطعاً اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها نفس النفس لا عند الشافعي رح ولا عندنا

كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل بحذافيرها

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وانما المورود في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيراً من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضاً آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص في ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضاً لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضاً جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتاخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حيوته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً او منفعة هذا هو التعريف المذكور في تمام الكتب

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون لبعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله و حقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه ايضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر تلك المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه اقول ما ذكره تحقيقا ليس بشيء اما اولا فلان التي يكون من فروع المعنى الثاني من تلك المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال اوصى بحقوق الله تعالى او بحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقي امر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اولم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة ايضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين لشيء من تلك المسائل فبقي امر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعهما في لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه في التفصي عن امر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعا على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته وقريب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه في التفصي عن امر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات و المنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل كله جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا يجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية ايضا بطريق الاجمال اقول فيه قصور وخلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة و الشرط عدم هذا الدين بالتقييد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وبالجملة يحصل وعين نفسه اكان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا زائدا عليه وليس بسديد على اطلاقه فان الموصي اذا لم يترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته سواء او لم يترك ورثة فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال بعض المتاخرين في حل هذا التركيب اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه

وما لا يستحب وقال ثم الظاهر ان مراده بقوله باب في صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فلا وجه لايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل فاحش اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ره ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذاك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو من الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء مغائر لما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل منهما بشيء يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شيء مغائر لما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لا عدم التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين ميل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به بتقدير مساعدة المقام اذ يلزم حينئذ ان يندرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قطعا فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف ره ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شيء اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثناء مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان احدا منهم صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف ره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا ان مراد المصنف ره بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف ره باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فلا وجه لايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف ره بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف ره وما يستحب منه عند كتبه قوله فلا وجه لايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر آنفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولما سياتي في تحقيق ان الوصية بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنياء يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لا انها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في الغاية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب جزما الا بالبيان قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظرا الى ان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقولنا الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر ان المراد بقوله في الكتاب ثم انه مستحسن بقوله وهي مستحبة ثم ان في اسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر تاخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الى آخره عن مجموع القولين ان يكون الآية المذكورة دليلا عليهما اي المتبادر ان تكون دليلا على قربهما ولا يخفى انها لا تصلح لان يكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تاخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فجاز ان يحمل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب اما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن كل واحد من دليلي التخصيص مستقصى مستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا ان نذكره ههنا **قوله** وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس المذكور واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجهه ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان يتمحل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس بمجرده وتضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والاوجه ان يكون هذا الكلام بمجرده تتميما لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى المالكية بعده في حق شيء يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث **قوله** وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين قال صاحب العناية وقد استدل ابو بكر الرازي على النسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها وبين هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين فحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل لعل اي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا لا يدل على ان الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تاخر المواريث عن الوصية الشرعية ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث ومن هنا اورد القاضي البيضاوي في تفسير الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ باية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا

قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حيوته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه

ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لم ترتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لم ترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى اقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لم ترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية مشاكلة لكلام الله تعالى فانه تعالى قال في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يامركم ويعهد اليكم في شان ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتاخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث واصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الا ان لقائل ان يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث ان لم يدل بالنص لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير اعط الثلث او اوص الثلث او بالرفع على انه مبتدا محذوف الخبر اي الثلث كاف او على انه فاعل محذوف الفعل اي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد بان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد نص على الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد رضي الله عنه ايضا ممنوع **قوله** ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال املاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر **قوله** الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتاخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث اراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لا انه لا يجوز هذه الوصية اصلا وقال هنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض مدلوله دون بعض باي توجيه امكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يحمل مثلا قوله تعددوا اوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة اوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويحمل قوله اوصيت له بعشرة الاف درهم وقد كان ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال اوصيت له بثمانية الاف وبالفين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن اللغو بقدر ما امكن وحذرا عن الابطال حتى يمكن اثباته لعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بما يهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمحذور بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء بقدر ما امكن والحذر عن الابطال حتى يمكن اثباته لعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض ههنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشارح فاطنبه قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف ره والحق عندي ان قول المصنف ره هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذ الحق الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقت فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب ههنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كما لو اجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذ الحق الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيها مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة

ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله نظرا الى ظاهر الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل بل استند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فتحتم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد المجرد في قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بغير اجازة الورثة ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذ الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي يثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا وجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى اقول لمانع ان يمنع استلزام ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الولي اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمه لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم تحقق الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا نجيز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة ونجيز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره مفرع على ما قبله ليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرروه فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبتاتا لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فصله صاحبا النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان يقال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلامه مستقيم

وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن **قال** ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا ولا تبطل والحجة عليه ما فصلناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

انما تقتضيه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى ان يموت المجروح حتى يقال ان التجرح بالجرح المتصل بالموت بل انما الجرح الواحد الصادر عن الجارح المذكور الا انه يحتمل ان يكون قاتلا له او ... بالموت فظهر انه قاتل بخلاف المرض فان حالة الانفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فلهذا افترقا واما قوله فلذلك قال فنحن بين امرين احدهما آخره فلان التفريع ينافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام **قوله** وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي ره من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي ايضا اقول فيه قصور وافي تقرير وجه قول الشافعي ره في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم ان لا يتمشى فيما اذا كان ما اجازه الوارث اقل من قدر الثلث او كان قدر الثلث كما في صورة اجازة الوصية لوارث او لقاتل باقل من الثلث او بالثلث فان الحكم في تلك الصورة ايضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي ره فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه قول الشافعي ره ههنا ما ذكر في معراج الدراية من ان الشارع ابطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطيا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل اقول لقائل ان يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وعموم قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم او قال حيث شئتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل اخبار الآحاد فلا يصلح ان يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قطعا على ما عرف في اصول الفقه وان صلح ان يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تاخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قطعا فاذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم ان يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن اين يتم هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في اول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية للقاتل وهذا نص ويروى انه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى اقول ليت شعري من اين تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص ان يكون المخصص متاخرا من العام في الورود وهو لم يثبت قطعا ولو ثبت تاخر هذا الحديث لم يصلح لان يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في اول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه **قوله** ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة بمقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير مستلزم انتهى اقول لا الرد شيء ولا الجواب اما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان عن الميراث حتى يرد بان حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث بعلة الاستعجال فيهما وهو متحقق بلا شك لكن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما واما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة بمقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز ان يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايظة كما اجازت الوصية له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما

ولما كان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث وانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضون لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

اذا اجازها الورثة وليس كذلك كما صرح به وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بابلغ الوجوه وقد جعل الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له ايضا في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يعني استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب الكافي حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التقصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسير جدا فسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة رح ومحمد رح فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازت الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة الورثة عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولهذا يصح الوصية له عندهما باجازتها الورثة كما اطلعت عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث ليتم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما اخره الله جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى **قوله** ولما كان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول ارى دليله هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام اذ لو مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز وراثة القاتل ايضا باجازتهم عند ولم يقل به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر لان الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام ههنا في ان حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز ان تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وفيه **قوله** ولانه حيف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة في تخصيص بعض الاولاد في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم لهم في كتاب الهبة ذكر حديث فيه تخصيص بعض الاولاد في العطية بل تقدم [illegible] فكيف يتصور ان يكون اشارة اليه ههنا والصواب ان مراد المصنف ههنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى الذي ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور ورد عليه التاويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بانها لا المذكور فالاولى ان ما ذكره انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما يكون هي المذكورة فلا الى تاويل التانيث لا المذكور ان لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر في علم الادب ان الالف واللام في اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازني من ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم المفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم منه لحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث ايضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد منه لكنه هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المؤنث التي عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتاويل المذكور في امثال هذا المقام ان يقال بتاويل الشي المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا او كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بالسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور وارى ان اطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض ما رتبه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محجوبا فلا يكون اقرار الوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحجوب فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان مدار هذا التوجيه ان يكون مراد المصنف رحمه الله بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك والا لم يتم قوله هذا اقرار المريض للوارث على عكسه فان امر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث في الموضعين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب البناية رد على صاحب النهاية ههنا بوجه آخر حيث قال ذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال ثم قال فعن هذا عرفت ان ما ذكره بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب هو يصح وراثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه انتهى اقول الساهي هنا صاحب البناية نفسه لان

يعتبر

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

ذلك البعض الذي نسب السهو اليه فان المصنف رح ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سياتي وقد عرف صاحب الغاية ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نقله مغفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض ههنا يخالف الكفاية دليلا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه ههنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف رح واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان للبعض المتاخرين ههنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة الاطناب الممل **قوله** قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف رح دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستامن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط وغيره بانه يجوز ان يوصي المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصي للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على حمل المصنف رح مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي واما ما ذكر المصنف رح رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المصنف ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى **قوله** وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يابى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع الصغير لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الراي ههنا راي صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير فقال لا ينبغي للمسلم ان يوصي للحربي كما في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير ان الوصية للحربي باطلة وصورة المذكور ثمه لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان

القبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته اوردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط قال ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان الحربي ما دام في دار الحرب ممن تيقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا الكلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة اوردها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب التوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشوا لان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره وعكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط هي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر انفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله ان يوصى الانسان بدون الثلث اي مستحب الافادة في ذلك الكلام قيده فيستقل بمعناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف رح في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المصنف رح ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا منافيا لما سبق انفا بل كان يلاحظ ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا الصدقة افضل لان في الصدقة عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذى الرحم

وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهي الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين **قال** والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول **قال** الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة **قال** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها **قال** ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا

الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد نبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان اغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح بمنع حدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل تقف **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا والاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصوير الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل البسيط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد يكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله الفائتة كالحج والزكوة ونحوها وايا ما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا قال صاحب الغاية وفيها نظر عندي لانه صرح الراوي لانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل ان يقال انه كان ادرك فيسمى غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكر صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في تجهيزه وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون

ويحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في التنفيذ والقصر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالهبة فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا الصبي اذا مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه وقال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح ثم اذا قال المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابن عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس ذاك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ البالغ في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يعش على بلوغه زمانا كثيرا كان معنى البالغ حقيقة صغيرا في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم ان يكذب في مسئلته ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لابن عم له بماله اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا فان معنى اوصى له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابن عم له بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي لان معنى اوصى اليه جعله وصيه فيجوز ان يكون ابن عمه وصيه في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لابن عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال قوله

وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم كلام المصنف رح ههنا فانه انما يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يتم قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك بالقبول ليتناول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف رح ههنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين ههنا بعد نقل ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان في تلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ههنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها يكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فمست الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف بصيغة التمريض قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف رح او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكتة الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي او لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما تحت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان ويجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية بالحمل وللحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل بانه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس هذا بل خصوصية في المسألة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقت الوصية فلان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الى هنا كلامه وذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصي او وجوده يوم الوصية وذكر فيهما ان حاصل هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى بها في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلو قال اوصيت لك بثلث غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اي وجود الموصى له او به وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودها اذ ذاك دون وقت الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا نشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيخان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسألة التي ستجيء في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر انفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل من انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ثم مات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن اين ثبت الاتفاق هنا لك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشأ الاختلاف ليس هذا بل خصوصية في المسألة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقت الوصية فلا يكاد يصح اذ لا نسلم ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت بما في بطنها بكذا كونه موجودا وقت الوصية بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء سيما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي ان يسلب احد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت بحكم بحث بل المعنى لما ثبت وتحقق

واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابه والسهم يجب للميت حتى تعتبر فيه التصرف من الموصى كالارث لان تصرف الموصى اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد لان

في بطنها واما كون ثبوته في وقت الوصية او في وقت الموت فامر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما التعيين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم ان كلام صاحب الكافي ههنا اضطرب لان اوله دل على ان اعتبار المدة من وقت الوصية فيما اذا اوصى له وبه وآخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى اقول ان صاحب الكافي قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصايا لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حتى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المضاف مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصى فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من هذين الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم انه اخطا في قوله وآخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول ليس ذلك ايضا بسديد لان عبارة الكافي في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ولا يخفى ان قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وبهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفا من احد الوجهين فتبصر **قوله** واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل بعرضية الوجود واذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان موضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله او الموت في قوله من وقت الوصية او الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تنقض التقريب في قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يمكن فيها زمان وضع الحمل اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا مما لا سترة به **قوله** ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل منتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها فسد البيع مع امكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك ايضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو ان ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سياتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى للخلط ثم ان صاحب العناية قال في شرح اول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما تلبس بها انتهى اقول يتقضى تقريره هذا ان يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى القياس من الشكل الاول كبراه مطوية

وقال ابو يوسف لا يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهي قوله ما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس مع حده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رحمه الله في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسم الجارية يتناولها مقصودا وقوله فليس كذلك في حد المنع ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى للايصاء بالجارية بدون يديها او رجليها ونحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتامل في الفرق انتهى وقصد بعض المتاخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ بما ذكروا في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام قصدا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولم يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له واما على تقدير ان يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ لا يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بنائها هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء قطعا فانه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظهر انه لا يصير ابطال حق ثبت بالاقرار على تقدير صحة الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد ايضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم ان يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية يكفي تفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتاخرين قلت هذا الكلام ظاهر الا ان النفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها واين هذا من ذلك انتهى

ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمها ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابي يوسف رح ان جحود الوصية يكون رجوعا عندنا ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف رح في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتامل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت **قوله** ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل لمحمد رح ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك الى ان يثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان في قول المصنف واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف رح لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف رح في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف رح والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وسمى بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية يعني اذا كان الوصية ثابتة في الحال وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف رح واذا كان الوصية ثابتة في الحال بعدم كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء الجحود ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان المنفي الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال في العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى اقول في جوابه عن النظر الثاني ان جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة بينهما الاشتراك في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما افصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابي يوسف رح ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لان هناك يتعذر حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا هذا القول بالفسخ والعقد وبخلاف ما اذا جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الإجماع لأن لها نفاذا في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة **قال** وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وإن كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الأول أيضا نظرا إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا **قال** ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن تجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه لأنه لا مزيد عليه عند عدم إجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروى

لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذ لا مشابهة بينهما إلا أن الجحود نفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفي انتهى تبصر

باب الوصية بثلث المال لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية **قوله** وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رح بين المسائل الثلث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد لإنسان قيمته ألف ولعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فتخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال حيث يصير العبد ثلث المال انتهى أقول فيه خلل لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال لا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى لهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جدا لأن العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلث المجمع عليها حيث أمكن في تلك المسائل الثلث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة رح هنا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل **قوله** لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في الهداية ههنا وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى أقول ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى **قوله** ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينتقص عنه أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لأداء هذا المعنى بهذا التركيب المفصل المشوش وجه بل لا يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستغناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رح في تعليل قول أبي حنيفة رح في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس إلى آخره يقتضي أن يكون الموصى له في مسئلتنا عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فإن في رواية الجامع الصغير تجويز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافي ذلك قال صاحب العناية فإن قيل أخس الأنصباء أقل والثمن أقل

ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل اخس الانصباء الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان اقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء بسبب ذلك اختلاف روايتي المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح مخالفة كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف رح ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبل ابي حنيفة رح بقوله وله ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لا محالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا **قوله** ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاول بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى له لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس فيعطى له قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما تم عمل بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في الكتاب لا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس في الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق بقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس تصحيحه باثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره له سدس مالي فله
سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثانية عين الاولى هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما
اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها
وهي لا تخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع
جبرا بالقسمة قال وان اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة
فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له

ذلك القائل كان مدار هذا الدليل ايضا اثر ابن مسعود رضه فيلزمه التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية واري ان المراد بقوله ما ذكرناه هو الاقل فيهما
ليكون معنى النسختين واحدا فاشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله
الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى سقيم جدا لا ينبغي ان يذهب
العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد اقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير
كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع
مما لا يحتمله الكما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال صاحب التسهيل اقول في هذه المسئلة على ان احد الواقر بمجهول
كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو اقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي ان يقبل ويجبر على ورثته البيان انتهى ورد عليه
بعض المتاخرين حيث قال نحو الشق بذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه
بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم يثبت عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي
فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احيا الحق ثابت انتهى اقول ليس هذا السديد لانهم صرحوا بانه ليس من شرط
القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار المجهول
في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي
هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق ههنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احيا الحق ثابت بالوصية كان ينبغي ان يثبت الجبر
بالبيان لورثة المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احيا الحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في صورة المقر بوفاته سقط ان اراد به انه سقط عنه
الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه
ان كان بقي اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نم قوله فلم يثبت عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء
بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف **قوله** ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس
على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في
الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذا زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل للكلام على احد محتمليه وذلك
ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعين على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على احد محتمليه
كما زعموا بل بجعله بمنزلة ان يقال هذا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى هنا كلامه اقول ليس هذا بشيء اذ لا شك ان
المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول تقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما
يفيد جواز ارادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح ههنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

لانه لا يمكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه ان لم يخرج ... من الدين لاخذ ... حقه ... لان الموصى له ... بخس في حق الورثة ... العين فصار ... على الدين ... الاستيفاء فانما يعتبر ذلك النظر لهما ... **قال** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث **قال** ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية

فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق له واجازت الورثة فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث ولمن اجازت الورثة لا السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل ان يراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى اقول في قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم يجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث ايضا وتمليكه المجاز لكنها قيل الموصى عندنا كما مر في اوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر **قوله** لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه اقول فيه تامل فانه انما يظهران لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرح به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة يكون شائعة في كل المال لكون الموصى له في ذلك شريك الورثة وعن هذا لا ياخذ الالف كملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث معين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو الدين والعين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ ان ياخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل عن الدين ويا خذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس في حقهم لا محالة منافي لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتامل ولعله يسكب فيه العبرات **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات عمرو ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم ورثته فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور ههنا قصورا ما اولا فلانه اضاف الى اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل ان يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف ره فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرح به مع ان العلة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيها انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذ كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة اخرى ايضا بعبارة الكتاب وهي اي تلك المسئلة اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي فان للثاني نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك ايضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهاية حيث قال وهذا التعليل خرج الجواب عما لو ورد نقضا على هذه المسئلة بان قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو وهما في الحيوة ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث مع نصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هناكان النصف الآخر للموصي لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم

ولو قال من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال

وراثة فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط لبقاء الايجاب لاعند وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل احد منهما اهلا لايجاب الوصية له فبطلان حق احدهما لا يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها لحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقض حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر **قوله** ولو قال بشاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له بدل ما وقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا اكثر فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس مع ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية ينبئ عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ ههنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وغاية الكتب كما هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجود المضاف اليه كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة كما ذكرنا انه لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه [illegible] ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تامل تفهم **قوله** واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية لهن لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فهو انما يستحق بالوصية بعد موت مولاها وبعد موته لا حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي امة مستحقة لحقيقة وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة ووجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بها تصحيح وصيته لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر
وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه
في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال وان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد
الافراز يصح اقرار كل واحد منهما فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق
التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان ام الولد تعتق بموت
مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم يكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوا في وجه الاستحسان
ونقل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا انما جاز الوصية لامهات اولاده فلان او ان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية
لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف
لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا او
مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها
بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد
لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرنا قبلهما على الوجه الذي قرره لان الترديد الواقع في هذا السؤال ان
كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس فان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق
الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له بثلث المال علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر
بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك تقتضي التسوية عند الاطلاق
قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه
اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المال انما اخذ من كل واحد منهما نصف المائة جعل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فيما اذا
اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر بما اشركه اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ
الاشتراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشركته معهما جملة واحدة اي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا اي
تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشراح الذي يبين
من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصي لغة احدهما فاحدهما لا غير فلم تصح هذه المسألة للقياس والاستحسان
على ما ذكره وعن هذا لم ار احدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو ان التسوية بين الكل هي الاصل في
الكل تحقق المساواة بين الكل الا ان يحمل على مساواته مع كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق لان
الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا اقر ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول
لم لا يقوم مقامه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير
والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب فليتأمل **قوله** واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما
شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الى آخره قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبهه الوصية
لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى وقد سبقه

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقرله زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى لقاتله وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا **قال** ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة **قال** واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالشائع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان اصل مجموع الشبهين ان كان لى مراد ا جيا كما هو الظاهر المعروف مما بالهم لم يعلموا تشبيه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالى ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يحيلوا اليه حكما اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسألة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث انما هو التصديق في الثلث فالمعنى ان يصدق بصورته دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض انه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده ان قول صاحب العناية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق على الزيادة يدل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب فتامل تقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا لا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الوصية ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاؤا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه في اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاؤا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا التصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا بالشبهين تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فتامل انتهى اقول ليس هذا الكلام بصحيح اذ ما قوله ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب المسئلة بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه في تركة الميت ولا ريب ان ما ادعاه بما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا انكروا واما قوله ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فلان دعوى الدين لا يختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل لا يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين فحق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه راسا فضلا عن التحليف **قوله** ومعنى جحودهم

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق العبد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتاق الولد الحي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف رح ههنا فساد لان بهلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا من ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الورثة ان يقولوا حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف رح ان يكون مراده بمعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في تلك العبارة مع ظهور كونها

قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة ويمكن ان يجاب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب المذكور جماعة من الشراح اقول قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصد التوفيق بين كلامي المصنف رح في المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف رح في كتاب القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف رح قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وقال كل الشراح ان سائر الشراح في شرح ذلك المقام ما اورد عليه ان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات العروض لا يقال لما كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض ينبغي ان لا يجبر الآبي على القسمة فيها فلذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي يحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده ... بل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد صرح من هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهذا ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشتري فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فيجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على الخطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلوا القسمة افرازا ظهر انه اوصى بما يملكه انتهى تدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكره

لا يجبر

نحويه

عوضه

۱۴۰

والفرق لهما أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ **قال** ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي **قال** وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء إلا أن يسلم للورثة ثلثاه ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث **قال** ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكون للموصى له وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة رحمه الله يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم وله أن الأم أصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الأصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسدا هذا إذا ولدت قبل القسمة فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه أي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون نصف ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة إنما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي فيبقيان على حالتهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله إلا أنه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا في إفادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الاثنين وتحرير المصنف ههنا يقتضي استقلاله كما ترى فتأمل **قوله** والفرق لهما أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له الخ أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق إنما يمشي في صورة إن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي وأما في صورة إن وقع بعدها في نصيب الآخر فلا لأن الموصي حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له وسلمنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله** وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه لو أقر بأخ فجحده أخوه الآخر دفع إليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر ههنا لأنه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قال زفر ههنا لأنه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع إليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل أنا عملنا ههنا بأصل مالك رحمه الله وعمل زفر ههنا بأصلنا فلا بد للأئمة الحنفية من الفرق بين الإقرار بالوصية والإقرار بالأخ ويحتمل أن يكون في المسألة روايتان إلى ههنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقله قلت الفرق بينهما بين فإن المساواة من اللوازم البينة للأخوة دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالإقرار بالأخ يتضمن الإقرار بالمساواة بخلاف الإقرار بالوصية فإنه لا يتضمن الإقرار بها انتهى أقول ليس هذا بشيء فإن الذي من لوازم الأخوة إنما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد أحد الآخرين فقط نصف التركة مثلا وإلا يلزم أن تكون حصة أحد الأخوين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة إنما تقتضي كون حصة الأخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الإقرار بالوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسألتين ثم إن قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فإنها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام أيضا لأن المساواة إنما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون إقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسألتين بوجه آخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف إلى وصف لما أن هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض كذا في الشروح

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار وإن كان ملزما بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا

قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا أو غير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لأن الإقرار تمليك للمال فمتى كان المقر له وارثا يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا انتهى واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب الغاية أقول في عبارتهما خلل حيث قالا لأن الإقرار تمليك للمال مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم فحق العبارة أن يقال لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف في أوائل كتاب الوصايا فتذكر **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا قال صاحب النهاية والغاية في شرح هذا المقام أي لا يصح الوصية والهبة له لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه أي على العبد دين يصح انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهبا إليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فإنهما حملا قول المصنف ره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان حاملها في هذه المسألة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا يقتضي العموم لما في هذه المسألة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعا بلا ريب ثم إن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا إن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرا ههنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وإن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا أصلا أي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسألتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا قال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له بوصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف ره بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضا بالدليل ذكرناه في المسألة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية بالصحة أيضا وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا [illegible]

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل انتهى أقول فيه قصور لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف لما سيصرح به المصنف ره فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الإعتاق في المرض أمرا مغايرا لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرده بباب على حدة وأخره

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز اقول في عبارة المصنف ههنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي ذكرنا آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي اقول فيه تحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان مثله يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف رحمه الله ههنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف رحمه الله عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرناه يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله** واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فيتعين السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان الخلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسئلتين متقابلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية ههنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب في بيانها ان يقال هي التي جمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق في المحاباة او قدم المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ثم لفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز موجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى في الكل قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رح وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وهذا لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان العتق في المرض وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

الصورتان فتامل **قوله** وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة رح وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك كما عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهما ما قدرتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متوجه على كلام المصنف رح اصلا اذ لم يقل المصنف رح قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المتقدم اذ ذاك اقوى لا لضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله وقع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الآخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المصنف رح والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي التي ان كل مساوي المساوي مساو والسؤال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احدهما على الآخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في تلك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف رح ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع ذلك السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان ترجح على العتق ايضا لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه كذا قال فينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

والمساوي المرجح مرجح كذا في الفوائد الحميدية انتهى فتامل

فصل ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف رح باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى او اخرها اقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على اصل ابي يوسف ومحمد رح فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق ايضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفلا من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوي فتامل **قوله** لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى او اخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداية بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف تمشي هناك ان يقال الظاهر منه البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان آخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداية نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه **قوله** فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله في القوة ان كان كلها فرائض او واجبات او نوافل بدئ بما قدم الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول لقائل ان يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اي الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدي كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداءه بشيء منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداية في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى او اخرها ثم ان صاحب العناية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا المقام ضبطا فقال ثم هي اي الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد سيجيء ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فان كان كلها لله تعالى وهي فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول في تحريره خلل لان الضمير في قوله

وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لانه يجب الحج لله تعالى من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

في قوله وان لم يصرح بها اما ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان حملت الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم منه ان لا يصح قوله فان كان كلها نذرا وهي فرائض كلها او واجبات او متطوع الا ان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع فمات الوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور ان تحمل ههنا قسما منها وان رجع الى الثانية يجمع كونه سايا باه سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مسكوتا عنه في مقام تفصيل ذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرائض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها علم يذكر فيما بعد اصلا فيقع القصور من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع فيه لجعله قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في تقرير ما سلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله ويجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وسياق كلامه آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان ما من تعف **قوله** وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض ويقول عرف بعض النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بتبرع محض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولو لم يعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلفت المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رح لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عندهما لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر **قوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الى آخره قال صاحب العناية قولهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا الثلاثة فان الخروج للحج ليس منها ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رح عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفرض للآخر الحج عنه ورضي الموصي لم يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فصل به الحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد واجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزي لا ينقطع وغير المتجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في عدم انقطاع لا يفيد في المتجزي وانما يفيد في غير المتجزي فان كل من غير متجز اذا انقطع قبل التمام بطل من الاصل بالطريقة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما

واجب غير متجزئ فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب ان يحج من بلد الموصي اذ الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف المتجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتمم الآخر ما بقي منه كما اذا اطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وامر غيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدليلين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال المتجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال فيما بقي متصور في المتجزي دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم كذا في الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد اما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني بمعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل ايضا لتحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان داعيا لحسن الفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله ههنا علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام ههنا ان يساق على منواله رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع تصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق اوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى ومن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف ره لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سياتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل مسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ولان المقصود بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره اقول لقائل ان يقول نعم ان مقصود الموصي من ايصائه بجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون دون غيرهم لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي فيما مر تفسيرهم بمن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقله ههنا عن المشائخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يابى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين

لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناولهم قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشائخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي رح بالاب الادنى قال فاذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني باهلكم اجمعين

من قول المصنف رح ممن يسكن محلة الموصي الى آخره اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا كانوا او غيرهم وما نقلناه عن المشائخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فقال انتهى كلامه اقول ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الساكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا وملاكا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاق الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض **قوله** لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتأخرين ولقائل ان يقول العلة مدخولة لكون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيما اذا عتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية له للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه اقول كل من شقي كلامه غير صحيح اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم عتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فلانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيء للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه بل بطريق الخلافة عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون العبد اهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد **قوله** ومن اوصى لاصهاره قال صاحب الغاية اي لاقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة انتهى واقتفى اثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسألة باقرباء المرأة لا يناسب قول المصنف رح فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان هؤلاء ليسوا من اقرباء امرأته مع انهم يدخلون ايضا بالاصهار بناء على كون الكل اصهارا كما صرح به المصنف رح فالوجه ان يفسر الاصهار في هذه المسألة بما هو اعم من اقرباء المرأة وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر **قوله** ولان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فممنوع

ولكن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلد كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لأيتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لأراملهم إن كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبني فلان يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة رحمه الله أول قوليه وهو قولهما لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للإناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والأنثى فيه سواء لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه أن تنفذ الوصية للقاتل عند إجازة الورثة أيضا في مسألة تمر بها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو بإجازة الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آنفا في مسألة الأقرباء أنه يستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر وإن أراد أن الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب إذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسألة ثم إن أبا حنيفة رحمه الله قد لم يعتبر الوصية بين الأخوة والميراث في مسألتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه وهذا ما نص عليه الإمام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين انتهى وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الأنثى فإنها وإن ورثت إلا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق ألبتة فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في تلك الأمور في مسألتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة رحمه الله ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسألة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك **قوله** ولأن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة أقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار بأهله نظر لأنه إنما يدل على أن لفظ الأهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطلق على غيرها أيضا بطريق الحقيقة إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى أنك إذا قلت رأيت إنسانا يفعل كذا وأردت بالإنسان هناك فردا مخصوصا من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الإنسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده في موضع آخر فإذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة رحمه الله وهو اختصاص الوصية لأهل فلان بزوجته بل يجوز أن يتناول غيرها أيضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى وسار بأهله فيه نظر لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لأنه تعالى قال فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكثوا ألا يرى أنه خاطبهم بخطاب الجمع انتهى وأجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه وأقاربها ممن ضمهم نفقته فإن كان معه الأرقاء لم يدخلوا فيه بالاتفاق انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا الكلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لأبي حنيفة رحمه الله بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالأهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله ههنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك [illegible] **قوله** ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله أقول [illegible]

وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم وقد دخل فيه عبد قال لمولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت بلحظة يتحقق عجزه ولو كان له موال واولاد موال وموالي موالات يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لمجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله اعلم بالصواب

مقتضى قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اي بلا لزم حينئذ ان يكونوا ارقاء في حالة اضافة الوصية اليها اي الى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق لشيء غير رقبتها لا يجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد ومدبريه جائزة ولا يمكن ان تعليق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل ان يكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها [illegible] اصلا كما تحمله الشراح هناك وكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل منافع ويمكن ان يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكرناه هناك هنا التعليل الى موجب القياس [illegible] الاستحسان الذي [illegible] هناك غير متمش هناك كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه هنا **قوله** وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطئ ليس بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب ان ابا يوسف رح جوز هذا دون ذاك انتهى اقول [illegible] ابا يوسف رح جوز ذاك ايضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي رح الثلث لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح [illegible] قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال وروى عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان الوصية لهم [illegible] وهو قول زفر واحمد والشافعي رح في قول انتهى وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف رح وعن ابي يوسف رح حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف رح ويرشد اليه ايضا ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف رح تناول الاسم في الكل للمسئلتين معا مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لمجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي العتاقة ولا اولاد الموالي اي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف رح ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لمجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رح انفا ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبنوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رح هنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لمجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد المصنف [illegible] لم يكن له موال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي حينئذ يرتبط وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي بما قبله اشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ [illegible] انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير [illegible] المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف رح هنا وكان صاحب النهاية انما اعتبر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غراب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنيي المشترك احق بالارادة من الآخر لامر مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف رح فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل المصنف رح هنا على تقدير ان يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهم صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يباينه جدا كما بيناه انفا **قوله** ولو كان له معتق واحد وموال [illegible]

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لأنه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في شيء يبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة أو هو عين حقيقة لأنه دراهم أو دنانير **قال** فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول أعدل وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه **قال** فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت لأن إيجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والأصح أنه لا يجوز لأن الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لأنه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية لأنها إباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالإعارة فإنها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الأقوى بالأضعف والأكثر بالأقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في وضعه فغير لازم ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها [illegible] أكثر مما [illegible] وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة [illegible] لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه [illegible] ولو أوصى بغلة عبده [illegible] وإن مات الموصى له عاد إلى الورثة [illegible] ولو أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا لأحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز أقول لقائل أن يقول [illegible] إليها ههنا إلى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء في حق [illegible] والمصير إلى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه [illegible] الموالي على من كان للموصي في عتقه أعم من أن يكون [illegible] كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا ليناسب الوضع الطبع [illegible] وهو إنما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لأن الثمرة من قبيل الأعيان والباب يشمل الأقسام الثلاثة [illegible] من الى التوجيه بالكلام [illegible] إلا أنه يقتضي تأخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان [illegible] لا يخفى **قوله** إلا أن الأول أعدل [illegible] أولى [illegible] بعض المتأخرين فيه إلى المفرد [illegible] الأولوية لا بإلزام الحاكم حتى يكون أولى [illegible] فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الأول ثم إن [illegible] لا يقتضي الاستقلال [illegible] وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الأول أعدل للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الأعدل أولى **قوله** وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث أقول فيه بحث أما أولا فلأنه منقوض بما إذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسما الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين [illegible] للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضا بأن يقال إن حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال [illegible] وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلأنه إن كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث [illegible] حق الورثة أيضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار أو لا فإن كان الأول يلزم أن يثبت في سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص متعددة [illegible] لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة ملحدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الأجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وإن كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة أثلاثا للانتفاع وأن لا تقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان أثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع [illegible] ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع أن القسمة على الوجهين مما صرح بجوازه في الكتاب **قوله** فإنما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها قال في العناية واعترض بإجارة الحر نفسه فإنه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب [illegible]

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما
بعد الموت [illegible]
المسائل كلها [illegible]
[illegible] اسم الخاتم يتناول الحلقة
والفص لكن اسم الجارية يتناولها [illegible] ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص [illegible] كل منهما وصية بايجاب
على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين [illegible] في مسألة [illegible] الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستحقها الموصى له بحكم التبعية
حصلت [illegible] فاذا اوجب الخدمة لغيره [illegible] بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص [illegible] الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال**

ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد **قال** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل

فمراده بالمنفعة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون وارادا عليه انتهى اقول الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف ره في الوصية لا يقتضي كون
مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان يكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذ كان انتاج الدليل
بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اصلنا وما ليس بمال في تمليكه احداث صفة المالية
فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه احداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة او لمن تعلقه بعقد المعاوضة
حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها او لا يكون مملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة ان ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء
الادلة الشرعية كلية كل واحد منها ينافي ايضا الاجمال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لو توهم ما في محل الكبرى من الشكل الاول تدبر **قوله** ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة الى آخره قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت
الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث
ان الملك فيهما يثبت بعد الموت انتهى اقول ان جعله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق ان يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار
هذه الحال بحالة الانفراد لان قول المصنف ره لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الى آخره
انما يفيد ان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له ادنى مسكة **قوله** ولهما ره ان اسم الخاتم يتناول الحلقة و
الفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها قلت ليس المراد يتناول اسم الخاتم الفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولا لفظا واصالة والا يلزم
ان يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم
ان يخالف ايضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو اقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة
والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد ههنا تناول اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها تناولا لهما تبعا عند الاطلاق
فيه تبيع المخالفة كما توهمها البعض **قوله** ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص اقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة
في تلك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة
الاجزاء المدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما فيها
من مثل التمر وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها ومن هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن اصلنا ان العام بمنزلة
الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة
دون الفص اقول فيه شيء وهو انه قد تقرر في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظا كالفص
في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله او الاستثناء في قوله لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء **قوله** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا لان الموصى به ملك للموصى والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواته فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما **قال** ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او يلبسها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف ثم قال الموصي سواء قال ابدا او لم يقل اقول في تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل لا يناسب تقييد صوف بقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا في صدر المسألة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل تدبر **قوله** لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ اقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل منتقض بما تقدم من مسألتي الثمرة والغلة فان الايجاب ايضا بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده ايضا بذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف رح قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره الا ان هذا التعليل ههنا يبقى خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسألة بما ذكره في الفرق الآتي **قوله** الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف الحقت به انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص كما يرشد اليه قطعا قول المصنف رح بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما يتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر امثال هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رح وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند ابي حنيفة رح كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يمشي على قول ابي حنيفة رح وانما يمشي على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسألة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه تامل

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره لخساستهم **قوله** واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج اما هو فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب ههنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما هو وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح فاضمر ابا حنيفة رح اولا واظهره ثانيا وكان الاولى العكس او الاظهار في المقامين او الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف رح فانها على الاصل المستمر حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث فاظهر ابا حنيفة رح اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف رح فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال ان

لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين **قال** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز
بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان
البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
فلم تحرر لتعلق حق العباد بها ... فيورث ...
ان وصية الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين
كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون معصية في حقنا ويكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم
باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم
الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا ... والذمي في الوصية بمنزلة المسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام ... فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف ...
بحقيقة ... وصاياه ... **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا
ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمته باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن
ايضا ... ولو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح
عقود التمليكات منه في حال حياته ... وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام
على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهود والنصارى في حال حيوته بدون اضافة شئ الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف
الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف رحمه الله فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قوله المذكور هي الصنيعة دون الوصية فلا غبار عليه **قوله** لان الوصية فيها معنى
الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا اعطاه تمليكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا انتهى اقول هذا على
اصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء فاذا ابطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية
حقيقة وان كانت قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما امكن واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لان
كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده ههنا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك لقوم غير
مسمين على ما سيأتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه
الا ان جعلها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحريرها في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتأمل **قوله** ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى
قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال في العناية بل بحرر على معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة رضي الله عنه ان كون الشيء قربة في معتقدهم كاف
بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم يعتبر ههنا كون الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول
ملك الثاني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم
يبنون فيها الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط **قوله** ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب
العناية قولهم ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل الاول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف رحمه الله انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون
دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم اقول الحق عندي ان قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر
على الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء الكنيسة والبيعة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال ملك الثاني ولانهم
يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر **قوله** وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال صاحب النهاية وذكر صاحب
الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقد قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الوصية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها والمرتدة
لا تقر على اعتقادها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل هذا من النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح ترجيح هذا القول على
القول الآخر للطبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراد من هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح ادل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احدهما
على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يصدقا معا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته اقول
هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي
بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانها تختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالشراء

وهي من شئ فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا ولو كان مستامنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس **قوله** بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها والفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وهذا التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية ثم قال صاحب النهاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر وهذا فيما اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر من الموكل على قول بعض المشائخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشائخ فعن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرحه هذا الذي قال صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرها ليس بشئ لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه لا بشراء شئ بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايات كثيرا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا قال صاحب العناية ايضا كما يظهر من تقريره في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات كعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشئ فمن يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فيكون عقد الفصل او الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرها متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب لعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سقطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة حتى لا تاخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل قال فكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن فيما اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلان به حتى ان من كان غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة فيها ليبا عدم التقرير بما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا بدل قول المص بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للضرر ورد الضرر المتبنين فان يجب نفي الغرور ورد الضرر عن الميت وهو احق بالنظر واولى انتهى **قوله** لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصحة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته ولا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصاء الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالمتصرف الذي تريد الموصي تفويضه الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس بقادر في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حيوته على الايصاء الى الآخر بدل الاولى اذا علم رد الاول لكن الكلام يتاتى في عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا **قوله** وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالاختيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شئ وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتامل

[illegible]

قوله تعبيرا بما طرق ثبوت العلم وشطر الاخبار فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المص في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون نهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتاخرين قوله فيما تقدم من الكتب اي عبارة عن الكتب من التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس ما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا انتهى اقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المص كما ذكره في كتاب ادب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة ايضا كانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه القاضي فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره واحد حرا كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل انه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا بدون السمع لما تقدم من الكتب **قوله** الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح قال عامة الشراح ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله ثم قال اقبل فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل مع قبوله بعد ذلك انتهى اقول فيه نظر لان المص قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وذلك القيد يفيد بمفهومه المخالف ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك اي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم تبق احتياج الى استثناء انما اخرجه القاضي من الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء ... فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي ان يكون قوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله في قرينة ذلك الاولى وهو هو الاصل ... فيكون هذا الاستثناء واخلافي حيز تعليل مسئلة الكتاب يكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل كما ان ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق اصلها ويؤيد ان هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية اصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بحالها **قوله** قيل قول محمد رح مضطرب يروي مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح قال صاحب العناية ولنا في هذا التعليل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد رح مع ابي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وابي الليث في كتاب الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة ... وفي شرحها وغيرهم من ... انتهى اقول النظر ساقط اذ لا يلزم من ... قول محمد رح مع ابي يوسف رح في كتب ... المشائخ الذين ... ان لا يكون قوله مضطربا في نقل احد ... وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فاوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة فان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد رح في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع ابي حنيفة رح وفي بعضها مع ابي يوسف رح انتهى ... في كتب كثير من المشائخ كون قوله مع ابي يوسف رح ولهذا ... المص حيث ذكر قوله مع ابي يوسف رح اولا واشار الى وقوع رواية اخرى في كلام نفسه حيث قال قيل قول محمد رح مضطرب فلا اضطراب فيه **قوله** ولانه مخاطب فيستبد بالتصرف ...

وهي مما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيعا ويتقاضى

الا الوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة و اجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في اكثر الشروح وغيرها في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب بحث لان بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسألة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلو ادعي تسلم الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال قيل اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي عليهم ببيعه اذا رأى ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي مما استثناه في الكتاب واخواتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة باستثناء القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقتصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى اثره المص في البداية وقوله ههنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب هي ما زاده المص في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهي التي زادها المص على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتاخرين في شرح هذا المحل قوله وما استثناه في الكتاب اي في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى انه زاد عليه اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم قال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخلا في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والا فاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول الذي غره مع كونه ناشيا عن الغفلة عما زاده المص في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجمع الاموال الضائعة يختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون مجموع ما ذكره المص من احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر وبزيادة الثلاثة اربعة عشر بل لابد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في الغاية وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب المشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الدين كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ان ما يساعده تحرير المص من الاعراب هو الذي ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي وقول المص في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب هو القدوري المراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر انفا اللهم ان يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المص ههنا بطريق الالحاق به تامل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع عطف على وجه التعليل بقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقبض صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملكه حفظا انتهى اقول لا يذهب عليك ذي نظرة سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة **قال** فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث

ان قول المص ره ههنا حفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبيل وحفظ الاموال كما لا يخفى **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد في عرفهم اقول فيه شيء وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح المص ره في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيت ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص ره ههنا بقوله كذا كان المراد في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدة قولهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع كما عرف ان العرف قاض على الوضع اي راجح عليه فان قلت نفي المخالفة بين كلام المص ره ههنا وبين قوله هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص ره ههنا ان المراد منه كان كذلك في عرف المجتهدين ومراده هناك ان العرف بخلافه في زماننا او في ديارنا ولا عرف في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين والمكانين ويؤيده ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الاسلام الزاهد الامام البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في الحقيقة مجازا لسبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم **قوله** ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء بمعنى المبادلة لكان القضاء ايضا في معنى المبادلة ضرورة ان المبادلة انما كان تتحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون القضاء ايضا من باب الولاية مع ان المص ره صرح بخلافه فيما قبل **قوله** غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلم اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لان مقتضى تحريره ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة اليهم على الاطلاق اي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في ايديهم او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كانت ما اعطاه الوصي للورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كانوا اهلكوا كان الموصى له الرجوع عليهم بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن حصة الورثة اليهم حتى تهلك الكل في يد الموصي لم يكن للموصى له ان يضمن الموصي شيئا لبقاء حكم الامانة في المال كذا في هلاك قدر نصيبه الى هنا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي ثم نفيء نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الوصي وهلك حصة الموصى له في يد الموصي ايضا فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى **قوله** وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده اي في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكورين انتهى وقد اقتفى اثره صاحب معراج الدراية اقول لم يبق في الشرح

وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ... [illegible]

[illegible]

اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارح ان المذكور ان لزم ان يكون وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يستلزم الاستدراك في قوله الآتي كما لا يخفى

قوله وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزم شيء وتبطل الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه قال بعض المتأخرين فكان هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير ملزم مشروع والرجوع عن الوصية راسا فلا يلزم من عدم لزوم شيء عنده عدم لزومه لذلك انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الموصي وان لم يكن ملزما في حال حيوته الا انه ملزم وصيته بعد مماته فلتنفذ الشيء ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد رح وهو ان الموصي لو افرز بنفسه ليحج عنه فهلك ذلك المال للورثة لا يوخذ شيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته اصلا وقد افصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره ولنا مذهب محمد رح فهو ان دفع الموصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يوخذ من تركته مرة آخر فكذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد رح ولا يلزم شيء ان يكون النهاية انه لا يوخذ من نفس الموصي شيء في حال حيوته فوقع فيما وقع **قوله** لانهم تصرفون في حكم المالية والاذن فك الحجر قال صاحب النهاية في حل هذا التعليل لانهم تصرفون بحكم المالية اي تصرفون في مال اليتيم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم تكن تصرفهم نيابة عن حاجرهم انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان على ما للصبي للماذون والمكاتب انتهى قول اليمين ابواردا ذلا شك ان المدعي كان على ما للصبي الماذون والمكاتب الا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان يكون تعليلا في حقهما ايضا اما في حق الصبي الماذون فظاهر لان في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما ان الاذن في حق العبد الماذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب الماذون واما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن ماذونا صراحة الا انه صار ماذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان ادا بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال وهذا الاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الغير لا غير عندنا كما مر في كتاب الماذون فلا غبار في التعليل المزبور **قوله** وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي سواه فيتقض عنه لان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى اقول ما ذكره في وجه التقصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي ايضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير اي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التقصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملكه الموصي بالولاية الحقيقية فهو يشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع انه لم يترك قطعا اذ لم يقل بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية قالوا فان قلت فهذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه كما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا

فصل في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه اليسر وهو يملك الحفظ فكذا ما يتبعه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال لا يوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نسلم ان قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يليه للابن الكبير كما يلي غيره والمعنى غيره حفظ الذي هو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التاخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصي اليهما متى شهدا بذلك لان من زعمهما لانه لا تدبير لهما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة وكذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره في ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسؤال منظور فيه عندي اما السؤال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين الذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المصنف ههنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي ان يجعل معهما الآخر وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا والمفروض فيما نحن فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما بذلك على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احدا ولا وصيا الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليها وادخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من شائخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا والظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا وان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم اتى فانه لا يقبل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعي اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف ترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المصنف بقوله فتسقط

قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم تجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة وقول محمد مثل قول ابي يوسف وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة من نفسه ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد افصح عنه صاحب الغاية ههنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما استفاد عنه مؤنة التعيين عنه ومثاله القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت واقعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهد ابنا الميت اوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي ايضا بظاهره ان يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة ان ينكر المشهود عليه ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا لما صرح به في عبارة الكتب واما اذا جعل قوله فكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم ان يكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف على المجموع لا محالة **قوله** بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يجوز شهادتهما لوارث صغير ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة وقد صرح بعدم جوازه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متعلق برجلين على ميت الخ الفصل عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتأمل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال في العناية جنس هذه المسائل اربعة الاول ما اختلفوا فيه وهو شهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع هو المذكور في الكتاب آخرا وهو ان يشهد رجلين بعينه وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث الاول ومبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب اما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول في تقرير صاحب العناية وتقسيمه ههنا خلل لانه ان اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عد وجها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الامثلة فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين وجها واحدا على ان قوله الاول ما اختلفوا والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما في كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل لا الاقسام الكلية والاصول لا ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا جنس هذه المسائل على اربعة اقسام في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلين لرجلين بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما للذين شهدا للشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل وهو ان يشهد الرجلان ان الميت

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث قال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

ولو اوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما ان الميت للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق ان يثلث القسمة ههنا كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان منهم لاثنين على الميت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثلته ودليله كما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وهنا ثلثة فصول احدها ما لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني ما تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلف فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقد ذكر الاول كما ان الواحد قبل الاثنين اولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص من له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المذكورة في كتاب الوصايا مثل جارية باسرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف كتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه لعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول تتجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حالته على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله فصل في بيانه** قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة لعنوان الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العادة ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصل آخر يذكر بعده وهو ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه القطعة من شئ آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته
قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال
انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي
عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس
في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال
لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط
فيما قلناه وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول
الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر بعده ولم يذكر بعده
فصل آخر قطعا وعن هذا ترى اهل التصانيف يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم
فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لاحتمال انه امرأة
فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته اقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله
فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان قوله يكون ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان
المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تاثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الساعة فيصير تحرير
المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال ولا يفسد صلوتها باستمال انه امرأة ولا يتخلل النساء
حتى تفسد صلوته لاحتمال انه رجل انتهى قوله فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح
انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل
والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فليتوهم اجب له ان يعيد الصلوة انتهى عبارة في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون المفسد
موهوما لا يدفع وجوب اعادة الصلوة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا
فالظاهر عندي كما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا عنها هو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه
مطلقا واحتياطا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان انثى لم يلزم الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم
في باب العبادات قوله ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر
على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر
كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر ههنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند
العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا
جائز عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار فالوجهان في جلوسه جلوس المرأة قائل قوله وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا
كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من
سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في
التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه حتى اشترى المولى جارية الخنثى فان يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالكها
وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان حسن الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس
اخف من نظره الى خلاف الجنس لا ان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية هذا نقل اعتراض

ويكره له في حيوته لبس الحلى والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر مع غير محرم من الرجال توقيا
عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد
يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى
لم يقع حتى تستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا
وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل ولو قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر
او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من
عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان
يجعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى يقام
سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلاث ولا بأس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك
يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال
بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلاثة وفي حال للابن اربعة وللخنثى سهمان فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر
فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان المحتاج ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل هو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك
فاثبتنا المتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

صاحب النهاية تعليل المصنف بما لا يليه نظرا لان ذلك في حال الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو اصاب المرأة قرح او جرح لا يحل النظر اليه لابيه المرأة وكذا النظر
القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة البينة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقط اذ يشترط في جواز النظر
بالعذر الى موضع العورة من المرأة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح
لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة يشعر لا محالة بتاثير الملك وفي اباحة النظر الى سيدتها كما لا تاثير في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قال صاحب النهاية
من ان هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا تعرض جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية وصاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكته النظر اليه اذ كره
ان كان رجلا **قوله** ويكره له في حيوته لبس الحلى والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته زيادة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر خصوص
الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا اللبس والكراهة بعد الموت للملبس للميت وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب الغاية
رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز ان يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا الشئ
لا بحاصل لان حاصل قول صاحب النهاية ان قوله في حيوته مستدرك لا فائدة في ذكره اذا كان الواقع مستفادا منه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح
انفسهم حيث قالوا الا ان المصنف رحمه الله تبع في ذلك المبسوط وذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا
للتقييد انتهى **قوله** وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فيجوز للخنثى
التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية اقول ليس هذا بتام عندي لانه على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين
كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان ينكشف للنساء ايضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات
محارمه كما ذكره المصنف رحمه الله في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى عن الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف
للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز ان يكون مبناها
كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر **قوله** وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر
او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لا انه
علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه ايضا قول المصنف في تعليل ذلك
لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما تتصور فيما اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل فيكون معنى قوله ههنا وان لم يكن مشكلا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به ثم ان يكون الاثنان زوجا واما واختا لاب وام وهي خنثى
فللزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى على انها انثى ... وفي الثانية للزوج الربع وللاخرين كل الثلث والباقي للعصبة
الى النصيبين ... والله اعلم بالصواب **مسائل شتى** قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي
نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل
الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كما في الوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت
معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث
اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومى ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة
فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو
في الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق
الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص
حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة
في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة
الا ترى انه لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بلا حاجة الى قوله نفسه بل بمجرد ان لم يعلم انه مشكل بعد لا باني لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدمه فحوره فح
تحقق الحاجة الى قوله نفسه في مسألة الكتاب هنا وعلى التعليل بقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام ما تبتنى عليه نظره كيف اورد
النظر على التعليل دون نفس المسألة وهي احق بورودها عليها على ما فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى بهذه المسألة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى
العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المص ره وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه
ذكرا اقول في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال لا يجب
بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال
لان تفسيره مراد المص ره بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن الخ يقتضي ان يكون قول المص ره الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله اوجبنا
المتيقن به فصار اقصر اعليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف ههنا في قوله في اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر
مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما ذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للفائة ويترجمون تلك المسائل
بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة فعل المص ره ههنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك
ما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
لان ما يجئ من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما تكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار
بان يحرك راسه طولا اذا كان معهودا منه في نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسألة بقوله اي نعم تعين وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار
فلم يبق حاجة في تقريرها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا
الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه اقول ان لقائل ان يقول ان هذا التعليل يقتضي ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتقاله لان تاخير الوصية قد جاء
من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المص ره فيما قبل وتفطن صاحب الكافي لذلك حيث طرح هذا التعليل
من البين **قوله** اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الى آخره اقول فيه شئ وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل
على خلافه فان المدعى ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود ولا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود ايضا
اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر ايضا والنطق حجة ضرورية فينبغي
ان يكون حجة في الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فليتأمل في التخلص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى
ذلك لانها من حقوق العباد اقول لقائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في موضع المسألة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج
وهو حق الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط في الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرح به فالمتبر
وغيره في الكتاب ايضا في باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى المحض بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

معتقل

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وحكى في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا له لان الاشكال انه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير معتقل اللسان

حق الزوجين الا ان يكون مدار قول المصنف ولانهما من حقوق العباد ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شئ لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارته لا يكون حجة في حد القذف مع ان فيه حق العبد على ما عرفت من المقذوف كما ان فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط او مما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرفته في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما مر في الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى فتفكر **قوله** وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه لما شرع جابرا جاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلاف ما صرح في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله لان معنى الكلام على الدور فلا تجب فيه الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين من ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا موثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما مر انفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور **قوله** ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب قال صاحب العناية وللنافي دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في جامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا الجمع على انا نقول قال في الاصل واذا كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيها من اشارته رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان لا يكتب فافهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما في كل مادة من جواز اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده باي واحد منهما ولا شك في كلمة او دالة على هذا المعنى لانها لاحد الامرين لا بالتعيين فاذا اتى الاخرس باي واحد منهما على الانفراد تحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل وتعمل بموجب قول محمد رحمه الله في جواز هذه المسئلة فهو جائز عملا بمعنى ما ذكره الفقهاء على انا نقول الخ فليست بشئ ايضا لان مراد المصنف وما له مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي يحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير كلاهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اي جمع محمد في الجامع [بين] الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى ان اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة [روايتان] ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة الا مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبته التوهم اليهم قلت بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل **قوله** واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل قال في العناية اخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة او يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلان يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى انتهى اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرح به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرح به في شرح الجامع الصغير وصرح به المصنف ههنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا يتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين لما تقرر اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها لان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم الثياب اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلوة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما حققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله تعالى وهدايته الفتة مع توزع الخواطر وتشتت البال من
تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته **بنتائج الافكار** في كشف الرموز والاسرار
لاشتماله على ثلثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني اليها احد من الثقات وذلك
فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا
آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا
عذاب النار ربنا اغفر لنا ذنوبنا
وكفر عنا سيئاتنا
وتوفنا مع الابرار
ط

خاتمة الطبع

الحمد لله على منحنا العناية الكاملة ووقاية الوافية وهداية الكافية ونهاية مآربنا ومراسنا وأتم علينا بجوده الضافية ورحمته العافية فتح قصى مقاصدنا ومرامنا ونصلي ونسلم على رسوله الذي هو أول الأنبياء وآخرهم وبه ختم النبوة وابتداء الإبداء آخذا بما قال بعض ملك البلغاء في شأنه الجليل ومحامده الجميل التي لا يمكن أن يكون فيه شريك وشركاء نظم بر جاه جي مهيمن ستره خلاصة الإبداء والإيداء وقد خصه الباري بأوصاف علي لم يعطها الأحداث والقدماء وعلى آله النجباء والكرماء وأصحابه النقباء العظماء وبعد فيقول عبده أقل الورى محمد أعظم حسين الصديقي الخيرآبادي لا زال مصونا بفضل الله الكريم من البلايا والبلايا وحاز رزقه شفاعة نبيه خير الثقلاء وأذاقني نور هداية عباده الصلحاء لما وجدت هذا الشرح جليل الشأن فتح أبواب المنفعة جلي البرهان حاويا لمسائل الدين المتين ماحيا لمصنفات الفقهاء المتقدمين تمسكا ومستندا للعلماء المتأخرين وأحسنها نظما ونسقا وأجمعها رتقا وفتقا طارية في الأقطار كالأمطار مشتهرا بين شروح الهداية غاية الاشتهار كالشمس في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام إمام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الإسلام كمال الملة والدين المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ إحدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه وأعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحنفية مجيبا لإيرادات العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البليغ في تخريج الأحاديث الشريفة وتحقيقاته الأنيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة النامية وتصحيحها بإسناد صحيحة ورواة ثقات عدول كلها عن الخلل والاضطراب خالية لا سيما التكملة المحبوبة المطلوبة للعلماء الأخيار الشهيرة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار للفاضل القمقام البحر الطمطام زين الدين الآفندي قاضي عسكر الروم ومفتيه المتوفى سنة تسعمائة وثلث عشر تكملة لهذا الشرح من كتاب الوكالة إلى آخر الكتاب جامعة للأدلة النقلية والعقلية متضمنة للثلاث الف إيرادات على شروح الهداية التي لم يسبق إليها سوى مصنفها أحد من الثقات لما هو من غاية المباحث العلية وكان من ذلك محققا غاية التحقيق وشموس إفاضته جارية على الضعفاء والطلاب في طلبه أعيا إلى الله بالصباح والمساء والمشتاقون إلى تعاطيه متمنيا بغاية التمنا بحيث من تيسر له خبر أمنه فكأنه أعطي درايتهما ومن وجد منه بابا فكأنما فاز فوزا عظيما فأردت أن أكسيه كسوة الانطباع والإعلان واحترس من وجوه مخدراته نقاب الفقدان فشوقت إلى طبعه ملك التجار ذا الفضل والافتخار ممتازا بهممه العالية وعزائمه المتعالية بين أعيان الزمان في الأمصار سني المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالك المطبعة الجليلة الشهيرة باوده أخبار لا زال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بإنجاح المرام والإيصال إلى ما هو المسئول وأمرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء الكبار فتوجهت إلى تجسسها ووصلت إلى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت أربع نسخ كاملة مقروءة على العلماء الأخيار منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة أستاذي العلام أستاذ علماء الأنام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدل ميزان الفروع والأصول بالفرد المجيد الأحق مولانا ومولى الأنام محمد عبد الحق لا زال بأفضاله ملاذ العلماء الدهر ومناصا الفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروءة على الإمام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نقبة الفقهاء والمحدثين منقح أغصان الفروع والأصول كاشف أستار المعقول والمنقول بحر العلوم إمام العلماء مولانا أبو العياش عبد العلي محمد تغمده الله بغفرانه وأسكنه بعنايته بحبوحة جنانه مملوكة لأعلم علماء الزمان وأفضل فضلاء الدوران وحيد عصره فريد دهره الحافظ الحاج مولانا أبو الأحيا محمد نعيم لا زال مصونا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروءة على الفاضل القمقام الهمام النحرير المؤيد بلطف الله المتين المولى محمد مبين أعلى الله درجته في أعلى عليين ومنها نسخة تكملة الصحيحة التامة المملوكة لأعلم العلماء أستاذ الفضلاء الكامل أكمل أصحاب الدراية المؤيد بتأييد الله مولانا المفتي الحافظ الحاج المولوي محمد سعد الله أجرى الله تعالى معاليه على صفائح الأيام وربط أطناب فضله بأوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة لجناب مستطاب الفاضل الأديب ذي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور السابق لا زال مصونا بعناية الله العزيز القادر وإن لم يتفق الاستعانة منه لأجل هذه النسخ الأربع الصحاح المنور للبصائر وبعد تيسرها شرع في استكتابه وفوض إلى مراتب تصحيحه وإتمامه تصحيحه بمقابلة النسخ المتعددة ارتجالا واستعجالا لأخائية التعجيل بسعيه الفاضل الأديب الكامل الأريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتأليف أبو سليمان ظهير الدين أحمد المعروف بمولوي محمد أشرف علي اللكنوي أيده الله بلطفه الخفي والجلي فالحمد لله على اختتامه والشكر على حسن تمامه والبشرى للطالبين بطلوع كواكبه عن أفق الجلال وسطوع صبح أفضاله عن سماء الكمال عم نوره الأبصار والبصائر فنال أقصى المقصود والضمائر وقد تم تقدمه في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٢٩٢ ألف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على هاجرها ألف ألف سلام وتحية المطابق لشهر نومبر سنة ١٨٧٥ خمس وسبعين مع الألف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة والسلام نبينا ما شرعت البرية تمت